

### Presentación

#### Introduction

JOSÉ M.<sup>ª</sup> BAÑO LEÓN / LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR ..... 6-7

## Autonomía

### Autonomía y competencias locales

#### Self-government and local powers

JOSÉ M.<sup>ª</sup> BAÑO LEÓN ..... 8-15

### Autonomía financiera local

#### Local financial autonomy

JUAN MARTÍN QUERALT ..... 16-25

### El poder normativo local y la crisis de la ley

#### Local regulatory power and the crisis of the law

TOMÁS CANO CAMPOS ..... 26-42

### Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable

#### Local autonomy and legal supervision. An unstable balance

MANUEL REBOLLO PUIG ..... 43-80

## Organización

### De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución?

#### Expanding on the intermediate level of local government. What could be done without reforming the Constitution?

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ ..... 81-102

### Le relazioni tra i diversi livelli di governo in Italia. Suggestioni a partire dal dibattito spagnolo sul regime locale

#### The relationship between different levels of government in Italy. Inspirations from the Spanish debate on local government

GIANLUCA GARDINI ..... 103-113

### Las formas de gobierno local tras cuarenta años de Ayuntamientos democráticos: evolución y retos

#### Local government system after forty years of democratic councils: development and challenges

SILVIA DíEZ SASTRE ..... 114-128

## Servicios públicos

### La prestación de los servicios públicos locales

#### The provision of local services by local entities

ALEJANDRO HUERGO LORA ..... 129-148

### Los servicios públicos locales en el Perú: una aproximación a su caracterización jurídica

#### The local public services in Perú: a legal characterization

DIEGO ZEGARRA VALDIVIA ..... 149-159



# da

Número 6  
Nueva época  
Enero-Diciembre, 2019

## Documentación Administrativa



ISSN: 1989-8983  
[www.inap.es](http://www.inap.es)  
<https://revistasonline.inap.es/index.php/DA>

**Directora del INAP:** María Isabel Borrel Roncalés  
(Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado)

**Director de la Revista:** Santiago Muñoz Machado  
Catedrático de Derecho Administrativo  
(Universidad Complutense de Madrid)

**Co-director de la revista:** Mariano López Benítez  
Catedrático de Derecho Administrativo  
(Universidad de Córdoba)

**Secretario:** Moisés Barrio Andrés  
Letrado del Consejo de Estado

**Coordinación:**  
Centro de Estudios y Gestión del Conocimiento del INAP

**Redacción y administración:**  
Atocha, 106, 28012 Madrid  
Tel.: 91 273 91 62  
correo electrónico: [da@inap.es](mailto:da@inap.es)

**Edita:** Instituto Nacional de Administración Pública  
ISSN: 1989-8983  
NIPO: 278-19-013-4  
Depósito legal: M-581-1958

Catálogo general de publicaciones oficiales:  
<http://www.publicacionesoficiales.boe.es>

La Revista **Documentación Administrativa** es, dentro de las publicaciones periódicas de la especialidad, una referencia insoslayable en la construcción doctrinal del Derecho Administrativo y de la Ciencia de la Administración españolas. Nacida en 1958, acumula ya más de medio siglo de vida en el que su principal signo de identidad ha consistido en ser una publicación volcada a la reflexión, desde el derecho y las ciencias de la administración, sobre la reforma administrativa, la organización administrativa y la función pública. A partir del año 1987, la Revista inició una nueva etapa, que llega a nuestros días, caracterizada por la publicación exclusivamente de números de carácter monográfico. En ella, **Documentación Administrativa** se ha propuesto, llevada de la mano de su Consejo de Redacción, abordar temas carentes aún de reflexión doctrinal o en los que ésta es incipiente, así como abordar temas que, aun habiendo sido ya objeto de estudio, están reclamando nuevos enfoques o análisis de actualización y puesta al día. Por otra parte, sin dejar de ser fiel a sus temas clásicos, en esta nueva etapa la Revista se ha propuesto asimismo reforzar los enfoques interdisciplinar y prospectivo sobre las cuestiones doctrinales generales y sectoriales que plantean los nuevos retos a los que se enfrenta la Administración Pública.

Con el objeto de seguir disfrutando el reconocimiento que la comunidad científica ha venido otorgando a la revista a lo largo de su ya dilatada vida, el INAP ha decidido la aplicación a **Documentación Administrativa** de los requisitos y exigencias de los sistemas más acreditados de calidad de las publicaciones periódicas de carácter científico.



**Documentación Administrativa** se publica bajo bajo el sistema de licencias Creative Commons según la modalidad Reconocimiento-NoComercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre y cuando no se haga un uso comercial. Tampoco se puede utilizar el original con fines comerciales.

## Sumario

### *Table of contents*

#### Presentación

##### *Introduction*

JOSÉ M. <sup>a</sup> BAÑO LEÓN / LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR .....	6
----------------------------------------------------------------	---

## Autonomía

#### Autonomía y competencias locales

##### *Self-government and local powers*

JOSÉ M. <sup>a</sup> BAÑO LEÓN .....	8
--------------------------------------	---

#### Autonomía financiera local

##### *Local financial autonomy*

JUAN MARTÍN QUERALT .....	16
---------------------------	----

#### El poder normativo local y la crisis de la ley

##### *Local regulatory power and the crisis of the law*

TOMÁS CANO CAMPOS .....	26
-------------------------	----

#### Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable

##### *Local autonomy and legal supervision. An unstable balance*

MANUEL REBOLLO PUIG .....	43
---------------------------	----

## Organización

#### De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución?

##### *Expanding on the intermediate level of local government. What could be done without reforming the Constitution?*

CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ .....	81
------------------------------------	----

#### Le relazioni tra i diversi livelli di governo in Italia. Suggestioni a partire dal dibattito spagnolo sul regime locale

##### *The relationship between different levels of government in Italy. Inspirations from the Spanish debate on local government*

GIANLUCA GARDINI .....	103
------------------------	-----

#### Las formas de gobierno local tras cuarenta años de Ayuntamientos democráticos: evolución y retos

##### *Local government system after forty years of democratic councils: development and challenges*

SILVIA DÍEZ SASTRE .....	114
--------------------------	-----

## Servicios públicos

La prestación de los servicios públicos locales

*The provision of local services by local entities*

ALEJANDRO HUERGO LORA ..... 129

Los servicios públicos locales en el Perú: una aproximación a su caracterización jurídica

*The local public services in Perú: a legal characterization*

DIEGO ZEGARRA VALDIVIA ..... 149

**Autores** ..... 160



## Presentación

### Introduction

José M.<sup>a</sup> Baño León

Universidad Complutense de Madrid (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9379-1336>

[jmbleon@jmbleon.com](mailto:jmbleon@jmbleon.com)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid. Es autor de numerosas publicaciones en el campo del Derecho Público, que abarcan campos tan diversos como la organización territorial del Estado, las fuentes del Derecho, el Derecho Urbanístico, el Derecho de la competencia y el Derecho Público. Es director de la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* del Instituto Nacional de Administración Pública (Gobierno de España).

Lucía Alarcón Sotomayor

Universidad de Córdoba (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3208-8831>

[lucia.alarcon@uco.es](mailto:lucia.alarcon@uco.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba. Sus principales líneas de investigación han sido el Derecho Administrativo sancionador, el procedimiento administrativo, los derechos fundamentales del ciudadano, sobre todo, en los procedimientos de carácter punitivo y la seguridad ciudadana. Es secretaria del Consejo de Redacción de la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* del Instituto Nacional de Administración Pública (Gobierno de España).

Con motivo de la conmemoración en 2019 del cuadragésimo aniversario de las primeras elecciones democráticas locales posteriores a la Constitución de 1978, se celebró una jornada en la sede del INAP el pasado 24 de octubre dedicada a la evolución del régimen local durante estos últimos cuarenta años. La revista *Documentación Administrativa* fiel a su cita anual recoge ahora el contenido de dichas ponencias, que constituyen un rico resumen de lo que ha pasado en estas cuatro últimas décadas y de cuáles son los principales desafíos que arrostran las Corporaciones Locales.

Podría resumirse el estado del régimen local en dos pares de conceptos aparentemente contradictorios y que, sin embargo, son perfectamente complementarios (BAÑO LEÓN). Continuidad con la tradición de la legislación histórica de Régimen Local desde el Estatuto municipal de Calvo Sotelo de 1924; profundos cambios en el régimen jurídico que se reflejan, sobre todo, en un nivel de autogobierno no conocido con anterioridad, autogobierno político, de profunda raíz democrática, en el que el nivel de los controles de otras Administraciones Públicas se ha reducido al mínimo, no tanto porque sea una exigencia constitucional (el Tribunal Constitucional tempranamente destacó la posibilidad de que el Estado o la Comunidad Autónoma ejercieran controles), sino por el régimen de la LBRL cuyos arts. 85 y 86 son muy generosos con la autonomía local (REBOLLO PUIG).

Y, si hablamos de continuidad, es porque en lo sustancial sigue siendo la legislación del Estado la que marca la pauta del régimen local, reforzando frente a las Comunidades Autónomas la posición de los entes locales. Lo cual ha producido importantes ventajas para el autogobierno local, pero también una muy deficiente articulación de las competencias entre el nivel de las Comunidades Autónomas y el nivel local. La posibilidad de que la Comunidad Autónoma hubiera prescindido de una administración periférica propia y hubiera delegado el ejercicio de competencias en las Corporaciones Locales se ha esfumado y la combinación de la reforma local de 2013 con los límites impuestos por las SSTC 11/2016, 41/2016, 54/2017 a la asunción de competencias locales por las Diputaciones Provinciales no hace sino acercar más aún al baúl de las utopías políticas la posibilidad de una racionalización del funcionamiento de las Administraciones Públicas. La demanda doctrinal de una reordenación racional del nivel intermedio de gobierno se ha saldado con un rotundo fracaso (BARRERO RODRÍGUEZ). De modo que el carácter bifronte del régimen local se ha consolidado incluso después de la reforma de 2013, cuyo indudable éxito en la contención del gasto local no ha ido acompañada de una profunda reforma del sistema de ingresos locales.

La Constitución no estableció una garantía de las Corporaciones Locales por el lado de los ingresos reservándoles determinados tributos. Y la Ley de Haciendas Locales necesitada de una reforma profunda tampoco se ha adaptado a la realidad, como demuestra el tortuoso proceso de sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad parcial del Impuesto sobre Incremento de los Terrenos de Naturaleza Urbana, que no ha merecido la debida respuesta por el legislador que ha hecho caso omiso de las necesidades municipales (MARTIN QUERALT). No existe, pues, una autonomía financiera por el lado de los ingresos, pero puede decirse concluyentemente que el Tribunal Constitucional sí ha reforzado la capacidad normativa de los Ayuntamientos, a través del poder de ordenanza, en particular de las ordenanzas fiscales. Es lo que el propio Tribunal Constitucional ha denominado una cierta relativización de la reserva de ley, cuando el legislador llama a la potestad de ordenanza local, atendiendo a la representatividad democrática de las Corporaciones Locales, relativización que a menudo se confunde con vinculación negativa de la potestad de ordenanza a la ley, lo que no es admisible desde la perspectiva general de la reserva de ley, ya que el poder de innovación depende de la densidad normativa de la ley de habilitación y no de una inexistente vinculación negativa de la Administración Local a la ley (CANO CAMPOS).

Sí, como hemos visto, el autogobierno político local es un hecho indudable, también lo es su vinculación al principio democrático, lo que impone límites a modelos burocráticos de gobierno como ha subrayado el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias. Sin embargo, la reordenación de la planta local sigue siendo un asunto políticamente intocable, pese al incremento en estos últimos cuarenta años de la concentración de la población en torno a las grandes ciudades, lo que unido al proceso de envejecimiento de la población exigirá profundos cambios, como demuestra DIEZ SASTRE con estadísticas inapelables.

También desde la óptica de los servicios públicos, la LBRL es generosa con la tradición ya que ha mantenido en sus líneas esenciales la normativa del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. No obstante, estos cuarenta años han puesto de relieve disfunciones notables, al no haber existido un control efectivo sobre la rentabilidad económica y social de los servicios. Por otro lado, el impacto del Derecho de la Unión Europea en esta materia ha sido enorme y se refleja tanto en la legislación de defensa de la competencia como en la expansión de la legislación de contratos, que se extiende incluso a la corporación vertical y horizontal entre entes públicos. HUERGO LORA analiza la tendencia que esta legislación impone hacia la externalización de servicios, es decir, a la gestión indirecta, pese a las orientaciones políticas hacia la mal llamada «remunicipalización», y critica algunas de las inconsecuencias de la legislación española de contratos que encorsetan la prestación cooperativa de servicios entre varios entes públicos.

Como piedra de toque comparada de los problemas locales, GIANLUCA GARDINI expone las dificultades italianas para articular adecuadamente los diversos niveles de gobierno comparando las soluciones que, a este respecto, ofrecen el ordenamiento español y el italiano, lo que resulta particularmente interesante respecto al tortuoso encaje de la provincia. Por último, DIEGO ZEGARRA analiza la evolución de los servicios públicos locales en Perú.

Expresamos, finalmente, nuestro agradecimiento más sincero a la Directora del INAP, Isabel Borrel por las facilidades dadas para la organización de la jornada, así como a los directores de *Documentación Administrativa*, Santiago Muñoz Machado y Mariano López Benítez por acoger las ponencias en las páginas de esta revista, y no en último lugar, a todos los ponentes por su esfuerzo generoso en sintetizar los logros y retos del régimen democrático local.



## Autonomía y competencias locales

### *Self-government and local powers*

José María Baño León

Universidad Complutense de Madrid (España)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9379-1336>

[jmb@banoleon.com](mailto:jmb@banoleon.com)

#### **NOTA BIOGRÁFICA**

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid. Es autor de numerosas publicaciones en el campo del Derecho Público, que abarcan campos tan diversos como la organización territorial del Estado, las fuentes del Derecho, el Derecho Urbanístico, el Derecho de la competencia y el Derecho Público.

---

#### **RESUMEN**

El régimen de autonomía política reconocido a las corporaciones locales resiste con ventaja la comparación con los demás países de nuestro entorno. El hecho de que la competencia sobre el régimen local sea compartida entre el Estado y la Comunidad Autónoma ha impedido una debida articulación entre las distintas instancias de poder, sin que la provincia haya encontrado un lugar propio en la distribución de competencias. El intento de la reforma de 2013 de reducir las competencias propias locales ha fracasado, ya que el Tribunal Constitucional anuló aspectos muy importantes de dicha reforma. El gran reto del régimen local no es incrementar sus competencias propias, sino ser en los municipios grandes y medianos la administración ordinaria para los ciudadanos a través de la delegación de competencias del Estado y las Comunidades Autónomas.

#### **PALABRAS CLAVE**

Autonomía local; gobierno local; competencias locales; competencias delegadas.

---

#### **ABSTRACT**

The regime of political autonomy recognized to local corporations resists widely the comparison with the other countries of our environment. The fact that the competences on the local regime is shared between the State and the Autonomous Community has prevented a proper articulation between the different instances of power, without the province have found its own place in the distribution of powers. The 2013 reform failed in its attempt to reduce local powers since the Constitutional Court annulled very important aspects of that reform. The great challenge of the local regime is not to increase their own powers, but to be the ordinary Administration for citizens in the large and medium municipalities through the delegation of powers of the State and the Autonomous Communities.

#### **KEYWORDS**

Local autonomy; local government; local powers; delegated powers.

#### **SUMARIO**

I. PERSPECTIVA ADOPTADA: CONTINUIDAD EN LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL DEL ESTADO Y CAMBIOS PROFUNDOS DERIVADOS DE UNA CONCEPCIÓN GENEROSA DE LA AUTONO-

MÍA LOCAL. II. AUTOGOBIERNO LOCAL PLENO. III. LAS COMPETENCIAS LOCALES. 1. LAS DOS VERTIENTES DE LAS COMPETENCIAS LOCALES. 2. INEXISTENCIA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS A LAS CORPORACIONES LOCALES. 3. CORRESPONDE AL LEGISLADOR SECTORIAL LA CONCRECIÓN DE LAS COMPETENCIAS LOCALES. EL PAPEL DE LA LBRL. 4. LAS COMPETENCIAS «ESPONTÁNEAS» MUNICIPALES. 5. EL RÉGIMEN DE LAS COMPETENCIAS DELEGADAS: LAS LIMITACIONES Y GARANTÍAS IMPUESTAS POR LA REFORMA DE 2013. IV. LA DEFENSA JURÍDICA DEL AUTOGOBIERNO LOCAL. BIBLIOGRAFÍA.

## **I. PERSPECTIVA ADOPTADA: CONTINUIDAD EN LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL DEL ESTADO Y CAMBIOS PROFUNDOS DERIVADOS DE UNA CONCEPCIÓN GENEROSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL**

Cuarenta años de régimen local democrático dan desde luego para una reflexión. Comparar lo que se pretendía entonces y la realidad actual es el modesto propósito de este trabajo ceñido desde luego al concepto de autonomía y a las competencias locales.

En el momento del debate constituyente la Administración local no ocupó un lugar relevante. La discusión sobre la estructura territorial del Estado se centró sobre todo en las Comunidades Autónomas y la falta de un acuerdo básico sobre esa estructura, la estructura abierta a la creación de diferentes tipos de Comunidades Autónomas no solo relegó a un segundo plano la autonomía local, sino que tampoco midió bien la relación de la Administración local con el Estado y las Comunidades Autónomas. De hecho, la Administración local como tal no aparece recogida en las listas de las competencias de los arts. 148 y 149 de la Constitución, que solo se refiere a que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias sobre la alteración de los términos municipales y en general sobre las demás funciones que el Estado ejerce sobre las Competencias Locales y cuya transferencia autorice la legislación de régimen local.

De manera implícita el art. 148 reconoce la competencia estatal sobre el régimen local (STC 4/1981) no así el art. 149. No obstante, el Tribunal Constitucional ha entendido que el art. 149.1. 18.<sup>a</sup> no solo ampara que el Estado dicte las bases comunes a todas las Administraciones Públicas, sino que dicte una legislación específica de régimen local. Ciertamente la Constitución hubiera permitido otras interpretaciones, es decir, reducir las bases del 148.1. 18.<sup>a</sup> a las comunes a todas las Administraciones Públicas, lo que hubiera permitido a su vez, que la legislación específica de régimen local fuera de competencia autonómica. Pero lo cierto es que ni el Estado ni el Tribunal Constitucional lo han entendido así, dando este último por buena la existencia de una legislación de régimen local del Estado ex. art. 149.1. 18.<sup>a</sup>, legislación que, en su versión originaria de 1985, otorgaba un amplio campo al poder organizativo local, que el Tribunal Constitucional cercenó por entender que en ese ámbito se dejaba sin competencias a las Comunidades Autónomas. Aunque no han faltado intentos teóricos de reducir el papel del Estado en la legislación de régimen local (MUÑOZ MACHADO, VELASCO CABALLERO) lo cierto es que no han tenido repercusión normativa o jurisprudencial, de suerte que puede decirse que sustancialmente la legislación de régimen local posconstitucional corresponde al Estado, tanto en el plano orgánico como funcional. La competencia de la Comunidad Autónoma es residual en cuanto a las estructuras de los entes locales y solo tienen sustantividad propia en la creación de entes locales complementarios como las comarcas o las veguerías. Expresado en otros términos hay una línea de continuidad entre la legislación de régimen local pre y posconstitucional, aunque con dos notables y sustanciales diferencias, la elección democrática de los municipios y la eliminación de controles de oportunidad, así como la limitación del control jurídico a controles «ex post» prescindiendo de los controles preventivos de legalidad.

## **II. AUTOGOBIERNO LOCAL PLENO**

La autonomía local en el orden jurídico se desdobra en dos aspectos, la capacidad de autogobierno y las competencias locales. La interpretación constitucional del primer aspecto ha sido generosa, pues en el ejercicio de sus competencias los poderes locales actúan con el mismo grado de independencia que la Comunidad Autónoma o el Estado, salvado el hecho de que las Corporaciones locales no disponen de poder legislativo sino únicamente reglamentario.

La inexistencia de controles de oportunidad y la circunstancia de que no existan, salvo excepciones, controles jurídicos preventivos, otorga una notable independencia de criterio político a la autoridad local.

Ciertamente hay competencias compartidas entre la Administración Local y la autonómica, como la de aprobación de los planes generales, en los que existe una preeminencia de la competencia autonómica. Pero esa posición de superioridad en la aprobación definitiva de los planes no es jerárquica y las Corporaciones Locales pueden impugnar esas decisiones como reconoció tempranamente el Tribunal Supremo.

El carácter político del autogobierno local, expresión del carácter democrático, netamente afirmado en el art. 140 CE al exigir la elección directa de los concejales mediante sufragio universal, se manifiesta también en el principio representativo, en virtud del cual el Tribunal Constitucional ha impuesto límites tanto al legislador estatal como al autonómico a la hora de atribuir funciones a órganos de carácter burocrático.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales algunos aspectos de la reforma local de 2013 (SSTC 41/2016; 54/2017) o ha invalidado leyes autonómicas por la misma razón. En la STC 137/2018, Ley Municipio de Zaragoza, declara la inconstitucionalidad de la ley aragonesa que respecto del Consejo de Administración de las empresas públicas no establecía la representación proporcional de todos los grupos municipales. En la misma dirección y desde un momento muy temprano, el TC (Sentencia 32/1985, de 6 de marzo, Comisión Informativa Ayuntamiento de la Guardia) sentó la doctrina de que todos los órganos colegiados debían respetar la pluralidad de la representación política del pleno municipal.

Puede, pues, concluirse tras cuarenta años de régimen local democrático, que la autonomía en su vertiente de autogobierno se ha cumplido rotundamente y es difícil imaginar, al margen de la suficiencia financiera, un régimen de mayor independencia en el gobierno local, cuyas decisiones no están desde luego prefiguradas o controladas por otros poderes públicos.

### **III. LAS COMPETENCIAS LOCALES**

#### **1. Las dos vertientes de las competencias locales**

El segundo aspecto del autogobierno, mucho más conflictivo, es el de las competencias respecto del cual también es conveniente distinguir dos vertientes:

- a) Si hay una reserva de competencias a las Corporaciones Locales ya sea de rango constitucional o legal, lo que conecta con algunas cuestiones clásicas del régimen local, como por ejemplo si existen competencias que naturalmente corresponde al municipio.
- b) Si al margen de la reserva pueden las Corporaciones locales ejercer todas aquellas competencias no reservadas al Estado o las Comunidades Autónomas, es decir, si dentro del marco legal, el estatuto de las Corporaciones Locales permite ejercer competencias en todas las materias no reservada a la ley.

La respuesta a cada una de estas cuestiones es muy diferente. Cabe decir abiertamente que la Constitución no reconoce otro ámbito competencial a las Corporaciones Locales que el que las leyes le atribuyan. En cambio, es incontestable que los entes locales desde las primeras elecciones democráticas han ejercido competencias que las leyes no le atribuían abiertamente y que, cuando el Estado ha querido poner freno a esa expansión mediante la Ley 18/2015, de 9 de julio, el intento ha fracasado en gran medida. Desarrollaremos a continuación los argumentos que respaldan estas dos conclusiones.

#### **2. Inexistencia de reserva constitucional de competencias a las Corporaciones Locales**

Es sencillo advertir que frente a las listas de los arts. 148 y 149 CE, que reservan determinadas materias a la competencia de las Comunidades Autónomas y del Estado, las corporaciones locales no disponen en la Constitución de ninguna reserva natural; se les reconoce autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, pero no se concretan las materias o competencias que le están reservadas. Lo que, por lo demás, ocurre en la mayoría de Constituciones occidentales.

Esta falta de reserva de competencias plantea la interpretación del contenido mínimo de la autonomía local. Y para ello, puede partirse de un criterio sustantivo, las materias mínimas que el legislador no puede dejar de atribuir a las organizaciones locales, o de un criterio meramente procedimental, la garantía consiste en el derecho de los municipios a participar en los asuntos que les conciernen, de modo que una total ausencia de participación en materias propias del interés local conduciría a la inconstitucionalidad.

En los países en los que el régimen local es una cuestión de cada Estado miembro de la federación, la autonomía local que la Constitución garantiza es un límite al legislador. En España, al reconocer el Tribunal Constitucional que el Estado puede dictar las bases del régimen local, la garantía de la autonomía local se articula en un doble nivel:

- a) Respecto al Estado es un límite de la legislación de Régimen Local.
- b) Respecto de las Comunidades Autónomas, sus normas tienen que respetar las bases del ámbito local y el límite general de la autonomía local.

Es cierto, como observó tempranamente ESTEVE PARDO, que la LRBRL no puede erigirse en garantía constitucional de la autonomía local, en la medida en que también dicha ley está sujeta a la Constitución. De hecho, el Tribunal Constitucional ha anulado a lo largo de estas cuatro décadas algunos preceptos de dicha legislación básica por no reconocer adecuadamente el principio representativo. Pero en todo caso, en tanto la norma básica establece el régimen jurídico fundamental de la organización local, las Comunidades Autónomas tienen que respetarlo. De ahí que el Tribunal Constitucional con alguna frecuencia haya declarado la inconstitucionalidad de normas autonómicas por vulnerar la LRBRL. Así, por ejemplo, ocurrió respecto de las competencias provinciales (Por ejemplo, SSTC 32/1981; 109/1988) o de leyes autonómicas que establecían controles diferentes de los previstos en los arts. 85 y 86 LRBRL (SSTC 11/1999; 159/2001).

Establecida esta peculiaridad española, es indiscutible que un acercamiento elemental a la garantía constitucional de la autonomía local arroja las mismas dudas que suscita en todas las Constituciones europeas. Cuáles serían las competencias locales indisponibles no es un *prius* constitucional, puesto que la Constitución ni las determina ni las predetermina. Solo caso por caso puede establecerse respecto de una ley y una materia concreta si el legislador se ha extralimitado al no recoger una competencia local o atribuir a la Comunidad Autónoma o al Estado una competencia que debiera corresponder a la Corporación Local.

Trascender el casuismo es la tarea esencial de la dogmática jurídica. Pero no queda más remedio que reconocer que el fracaso en este punto de la teoría jurídica es notorio. Veámoslo.

Dos teorías según es bien conocido, son las dominantes respecto a la configuración constitucional de la autonomía local:

- a) La tesis de que la autonomía local es una garantía institucional, que asegura los rasgos fundamentales de esta institución tal como se ha formado históricamente, tesis cuyo origen está en la doctrina alemana de Weimar.
- b) La tesis de que la autonomía local atribuye a las Corporaciones Locales un derecho a intervenir en los asuntos que le conciernen en régimen de autogobierno.

En cualquiera de estas dos facetas las concepciones dogmáticas no alcanzan a dar seguridad jurídica alguna sobre los límites que el legislador no puede traspasar. La tesis de la garantía institucional hoy en día no es más que un adjetivo calificativo de la garantía constitucional, es decir, del rango normativo superior de la Constitución.

Nada nos dice sobre los aspectos característicos de la autonomía que el legislador debe observar siempre. En particular, en España, se ha notado que la imagen tradicional del régimen local nada tiene que ver con el régimen democrático consagrado constitucionalmente. En orden a las competencias, la imagen tradicional coincidiría con el núcleo que históricamente ha venido correspondiendo a los municipios independientemente del régimen político. Así, por ejemplo, el orden público local (Ordenanzas de policía y buen gobierno), la edificación y el control de actividades privadas, los servicios públicos locales básicos.

Esta perspectiva de la garantía local coincidiría en lo sustancial con la imagen francesa de un «*pouvoir municipal*» en uno y otro caso como garantía relativa, pues indudablemente tanto la evolución técnica, social y económica pueden hacer que servicios locales pasen a ser prestados en otros ámbitos superiores de gobierno (autonómico o estatal), como ya observara García de Enterría, y el cambio ideológico puede hacer que el legislador suprima servicios públicos locales.

El Tribunal Constitucional español ha dicho con reiteración que la autonomía local constituye una garantía institucional. Pero este concepto no se construye de un modo técnico, en verdad, como imagen de una institución preservada en sus rasgos esenciales, que no se predica respecto de cada sujeto sino de la constitución en su conjunto. Por el contrario, el concepto que utiliza el Tribunal Constitucional es un puro comodín dialéctico que sirve para expresar respuestas heterogéneas y algunas contradictorias con la idea histórica de garantía institucional. Así la noción sirve:

- a) Para expresar que la Constitución no garantiza un elenco de competencias a las Corporaciones Locales, al contrario que en el caso de las Comunidades Autónomas o el Estado.
- b) Para concretar su contenido en el derecho de participación de los entes locales en los asuntos que les conciernen. En este sentido, aunque fuera de contexto, el Tribunal Constitucional está próximo a la tesis de BURMEISTER, sobre unos datos constitucionales muy diferentes, pues la Ley Fundamental de Bonn atribuye el régimen local a la competencia exclusiva de los Länder y configura la autonomía local como un derecho subjetivo de los municipios, razón por la cual la Constitución alemana reconoce a todos los municipios individualmente el derecho de recurrir al Tribunal Constitucional en amparo de la autonomía local. A través de la importación que primero PAREJO ALFONSO y luego EMBID IRUJO hicieron de la tesis de BURMEISTER, esta concepción minoritaria en Alemania ha servido para iluminar la Constitución española.
- c) Para observar que la LBRL concreta la garantía institucional de la autonomía local, aunque contradictoriamente, y como es lógico, la LBRL puede ir en contra de la Constitución y de la autonomía local (SSTC 41/2016; 54/2017).
- d) Para defender la existencia individual de las Diputaciones Provinciales y el ámbito de sus competencias frente a las Comunidades Autónomas, en contra de la idea originaria de la garantía institucional (SSTC 109/1988, Plan de Obras y Servicios de Cataluña; 31/2010, Estatuto de Cataluña, FJ 41; 32/1981, Ley catalana de transferencia de las Diputaciones a la Generalitat, FJ 3; 27/1987 Ley de Coordinación Valenciana).

A la vista de esta proteica noción de autonomía local, la única vía para entender la evolución de estos cuarenta años de régimen local democrático es atender a las líneas esenciales de la jurisprudencia y naturalmente a la configuración práctica de la autonomía local que resulta de las leyes estatales y autonómicas, singularmente de la LBRL.

### 3. Corresponde al legislador sectorial la concreción de las competencias locales. El papel de la LBRL

La jurisprudencia constitucional ha consagrado la concepción de la autonomía local de la LBRL y que se sustancia en el hecho de que corresponde al legislador sectorial sea del Estado o de las Comunidades Autónomas la determinación concreta de las competencias locales (art. 2.1 LBRL). La ley básica estatal no garantiza a los municipios un elenco concreto de competencias sino tan sólo un listado de materias en las que las Corporaciones Locales deben disponer de alguna competencia. Dichas competencias pueden ser tanto normativas como ejecutivas o más simplemente de participación, sin que en todo caso respecto de esas materias la LBRL configure el tipo de potestades que pueden ejercer los entes locales (SSTC 159/2001, FJ 12; 51/2014, FJ 10; 57/2015, FJ 10).

Constitucionalmente no existe criterio alguno que permita establecer con nitidez cuándo el legislador por omisión conculca la autonomía local. No puede, pues, como se ha pretendido doctrinalmente establecerse un principio de proporcionalidad o subsidiariedad en favor de la autonomía local. No obstante lo cual, y dado el escaso juego que hasta ahora dichos principios han tenido en favor de la autonomía local en los países en los que rigen, no puede decirse que el Tribunal Constitucional no haya puesto límite alguno a la configuración que el legislador sectorial hace de las competencias locales. La STC 57/2015, de 18 de marzo, Ley Cántabra del Plan de Ordenación del Litoral, constituye un ejemplo significativo. La sentencia estima parcialmente el recurso en relación con los arts. 45.3 y del art. 51.3, en el primer caso por exigir la ley que el planeamiento dirija los crecimientos urbanísticos hacia las zonas con pendientes más suaves y en el segundo por permitir que las actuaciones estratégicas de la Comunidad prescindan de la clasificación del suelo del planeamiento municipal.

En el primer caso, la inconstitucionalidad se declara porque «no cabe vislumbrar en este precepto presencia alguna de criterios supramunicipales que justifiquen una determinación urbanística que se impone al Ayuntamiento por encima de cualquier consideración sobre las características físicas de los terrenos»; en el segundo, porque «supone ese debilitamiento del principio de autonomía municipal carente de razón suficiente» y porque exceptúa las principales determinaciones de la ley.

Bien se comprende que no es posible ninguna categorización a partir de razonamientos como los que se acaban de transcribir, más allá de la genérica apelación al interés municipal o supramunicipal del asunto, cuya filiación procede de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre aprobación de los planes de urbanismo, en la medida en que es bien sabido la inseguridad que genera una distinción de este tipo: resulta

imposible distinguir entre interés local y supralocal atendido que todos los intereses públicos están inextricablemente unidos. Más bien parece que lo que hay detrás de la invocación de la autonomía local en esta Sentencia es una impugnación general de las decisiones singulares permitidas por el legislador autonómico. En todo caso esta Sentencia es la excepción; la regla general es que el Tribunal Constitucional respete la configuración competencial de la autonomía local que lleva a cabo el legislador competente como prueba la mayoría de los pronunciamientos de esa misma Sentencia.

#### 4. Las competencias «espontáneas» municipales

Por dos vías diferentes los municipios han ampliado en estas cuatro décadas sus competencias, aunque no así sus medios de financiación. En primer lugar, a través de las competencias complementarias que el art. 28 LBRL, en su redacción originaria, reconoce respecto de las propias de otras Administraciones Públicas «y en particular, las relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección al medio ambiente».

La segunda a través de una interpretación amplia del art. 25 cuya oscura redacción daba pábulo a una cláusula general de competencia (CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR), porque si el municipio «puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyen a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal», por mucho que el mismo artículo lo limite al ámbito de sus competencias, la cláusula general de competencia está servida, en la medida en que no invada las competencias que la Constitución y las Leyes reservan al Estado y a las Comunidades Autónomas, naturalmente. Y es que el ámbito de sus competencias bien se interpreta como el ámbito de sus potestades (claro es que el municipio no puede ejercer potestad legislativa), bien como el ámbito material al que alcance la acción municipal, el resultado es el ya dicho, dado que el juego de los arts. 58 y 28, en combinación con los arts. 85 y 86 (servicios públicos e iniciativa local en la actividad económica) abarca todo el espectro de materias no reservadas a la Ley del Estado o de la Comunidad Autónoma. El hecho es desde luego que los municipios han ejercido competencias y prestados servicios en ámbito tan diversos como la acción exterior o la actividad económica.

A este estado de cosas intentó poner freno la reforma de la LBRL que llevó a cabo la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, con objeto de reconducir las competencias «espontáneas» de los municipios y racionalizar el proceso de atribución de competencias a los entes locales por el Estado y las Comunidades Autónomas, como uno de los medios de lograr la disciplina presupuestaria. Y si es indudable que el objetivo esencial, la disciplina y el control de contención del gasto local, se ha logrado sin duda, la reordenación del ámbito competencial local y el reforzamiento de las Diputaciones Provinciales no han corrido la misma suerte. El Tribunal Constitucional tanto a través de la anulación de algunos preceptos como de la interpretación conforme de otros ha desactivado en gran parte las líneas maestras de la reordenación competencial. Veámoslo sintéticamente:

1.º La inconstitucionalidad de las disposiciones adicional undécima y de las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera que pretendían excluir a los municipios del ejercicio de competencias en determinadas materias atribuyéndolas a las Comunidades Autónomas (salud y servicios sociales, inspección y control sanitario de mataderos, industrias alimentarias y bebidas). Para el Tribunal Constitucional (STC 41/2016) no es tanto la autonomía local la que está afectada, atendido el hecho de que la ley puede atribuir o suprimir determinadas competencias a los municipios, como la posición constitucional de las Comunidades Autónomas, puesto que esas materias desbordan el ámbito de lo básico al imponer a las Comunidades la creación de dichas competencias, impedir su atribución como competencias propias al legislador autonómico y prever repercusiones financieras.

2.º Las STC 11/2016, FJ 12 C), 41/2016 y 54/2017 establecen una interpretación conforme a la Constitución del art. 36. 2 a) LBRL. Dicho precepto dice que «cuando la Diputación detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos». La cuestión debatida era si la Diputación Provincial podía por sí misma fijar fórmulas de coordinación obligatorias. El Tribunal Constitucional lo descarta, sostiene, al contrario, que esas fórmulas corresponde establecerlas a la legislación autonómica de régimen local o la legislación sectorial, que en todo caso debe garantizar que «la capacidad decisoria municipal sea tendencialmente correlativa al nivel de interés municipal involucrado». Resulta muy claro, pues, que el reforzamiento de las competencias provin-

ciales de coordinación de los servicios locales queda remitido «ad calendas graecas», a juzgar por la falta de interés generalizado en las Comunidades Autónomas a reforzar a la provincia como ente local.

De manera refleja, pues, esta Sentencia ha venido a reforzar el «statu quo» competencial anterior a la reforma de 2013, sin perjuicio de haber embridado, desde luego el gasto local, complementando las medidas de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera hasta el punto que desde el año 2012 el conjunto de las Corporaciones Locales han tenido superávit presupuestario con una fuerte reducción del endeudamiento (Por todos, ALLOZA y BURRIEL).

## **5. El régimen de las competencias delegadas: las limitaciones y garantías impuestas por la reforma de 2013**

El art. 27 LBRL 1985 previó la posibilidad de que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas delegaran en los entes locales «el ejercicio de competencias en materias que afectaran a sus intereses propios...». Con carácter general el precepto distinguía entre la delegación pactada de competencias, aceptada voluntariamente por el ente local, y la delegación obligatoria, para lo que exigía rango formal de ley y obligación de prever la correspondiente financiación. Al tratarse de competencias delegadas, la ley preverá el sometimiento a instrucciones técnicas del ente delegante, así como la posibilidad de revocación en caso de incumplimiento.

Esta vía se ha utilizado escasamente, acaso por el peculiar estatuto bifronte del régimen local español y la tendencia de las Comunidades Autónomas a establecer sus propias Administraciones periféricas y no emplear a la Administración Local como Administración ordinaria para la gestión de sus asuntos reproduciendo el mismo modelo organizativo de la Administración del Estado.

La Ley 27/2013 modificó profundamente este precepto en dos direcciones: supresión de la delegación obligatoria y garantías económico-financieras para «mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera» (art. 25.1, párrafo 2.º LBRL).

La reforma del 2013 tenía con todo otro objetivo: la delegación del ejercicio de competencias estaba pensada en la reforma como un mecanismo de compensación parcial de las competencias propias municipales que la ley trasladaba a las Comunidades Autónomas. De ahí, que en el elenco no exhaustivo de competencias delegables están muchas de las que la ley quería suprimir como competencias propias locales (así, entre otras, prestación de los servicios sociales, promoción de igualdad de oportunidades, centros sanitarios asistenciales, escuelas infantiles, actividades complementarias en centros docentes). Ni que decir tiene que al haber anulado el Tribunal Constitucional las disposiciones de la Ley 27/2013 que permitían ese traspaso forzoso del ámbito local al autonómico, la modificación del art. 27 LBRL ha perdido parte de su sentido, puesto que algunas de las materias que el precepto entiende como susceptibles de delegación se ejercen actualmente por muchos municipios como competencias propias.

La desaparición de la delegación obligatoria, la circunstancia de que muchas de las competencias teóricamente delegables ya las ejercen las Corporaciones Locales, el empeño de las Comunidades Autónomas por dotarse de su propia Administración periférica, no vaticinan futuro próspero alguno a las competencias delegadas que, sin embargo, hubieran podido constituir un ejemplo de Administración descentralizada mucho más moderna que la que resulta de la tradición de la Administración periférica, que es la que finalmente ha triunfado en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, acentuando la separación de competencias entre los tres niveles de gobierno; estatal, autonómico y local.

## **IV. LA DEFENSA JURÍDICA DEL AUTOGOBIERNO LOCAL**

La Constitución que reconoce la autonomía local no ha reconocido paralelamente un derecho de las Corporaciones Locales a plantear recurso al Tribunal Constitucional en defensa de su autonomía. Claramente la Constitución rechazó el modelo alemán que expresamente reconoce el derecho de cualquier municipio a impetrar el amparo del Tribunal Constitucional, de acuerdo con la configuración de la autonomía local en Alemania como un derecho de cada municipio al autogobierno de los asuntos locales en el marco de la ley.

La Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la LOTC, introdujo el llamado conflicto de competencias en defensa de la autonomía local, que no es un recurso individual (se exige un número de mu-

nicipios que suponga al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación y represente un sexto de la población, la mitad si se trata de provincias que tienen que representar también al menos la mitad de la población) y cuyo objeto limitado por una jurisprudencia restrictiva a la invasión de la autonomía local (STC 240/2006) lo hace difícilmente operativo, como la práctica ha demostrado, dada la inexistencia de un núcleo definido de competencias locales (REVERTER VALLS, FERNÁNDEZ FARRERES). Desde esta perspectiva, según ya hemos visto, la autonomía local no dispone de un cauce de tutela eficaz frente a leyes invasivas de la autonomía local, más allá del que puede dispensar el recurso contencioso-administrativo si el juez se aviene a plantear cuestión de inconstitucionalidad. No obstante, la experiencia de países que cuenta con un recurso de amparo local tampoco es para echar las campanas al vuelo, pues por lo común, dichos recursos no prosperan por la misma razón que hemos expuesto hasta la saciedad: el debilísimo contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada. De suerte que no es aventurado concluir que la tutela efectiva de la autonomía local en España es comparable cuando no superior a la que resulta de otros países europeos.

Expresado como resumen final: el autogobierno local español resiste la comparación con el que existe efectivamente en los países de nuestro entorno. El gran reto local no está tanto en el número de las competencias propias sino en la eficiente articulación de la Administración Local con la autonómica.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALLOZA, M. y BURRIEL, P. (2019): “La mejora de la situación de las finanzas públicas de las Corporaciones Locales en la última década”, en *Documentos Ocasionales Banco de España*, núm. 1915. URL: <https://www.bde.es/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/PublicacionesSerias/DocumentosOcasionales/19/Fich/do1915.pdf>. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3415433>.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2011): “La ordenación de las normas reguladoras del régimen local”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I. Madrid: Iustel. 3.<sup>a</sup> ed.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2000): “La cláusula general de competencia municipal”, en *Anuario del Gobierno Local 1999-2000*, págs. 37-60.
- EMBID IRUJO, A. (1981): “Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal”, en *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 30, págs. 437-470.
- ESTEVE PARDO, J. (1991): “Garantía institucional y/o función constitucional en las bases de régimen local”, en *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 31, págs. 125-150.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2001): “El Conflicto de Defensa de la Autonomía Local: Justificación, Configuración Jurídica y Funcionalidad”, en *Anuario del Gobierno Local 2001*, págs. 55-78.
- MUÑOZ MACHADO, S. (1983): *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol. II, pág. 176. Madrid: Civitas.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo XI. Instituciones autonómicas y locales. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE). 4.<sup>a</sup> ed.
- PAREJO ALFONSO, L. (1981): *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local (IEAL).
- REVERTER VALLS, J. L. (2018): *Los conflictos en defensa de la autonomía local*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- VELASCO CABALLERO, F. (2009): *Derecho Local. Sistema de Fuentes*. Madrid: Marcial Pons.



## Autonomía financiera local

### *Local financial autonomy*

Juan Martín Queralt  
Universitat de València (España)  
jmartinqueralt@martinqueralt.com

#### **NOTA BIOGRÁFICA**

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia y Doctor en Derecho, con Premio Extraordinario, por la Universidad de Bolonia (Italia). Doctor Honoris Causa por la Universidad Jaume I de Castellón. Es Catedrático de Derecho Financiero y Tributario por la Universidad de Valencia y Murcia. Abogado en ejercicio.

---

#### **RESUMEN**

La previsión constitucional sobre la autonomía financiera local clave sobre la que se asienta la autonomía política ha tenido un dispar desarrollo legislativo. En el ámbito del gasto público se ha fortalecido sensiblemente esa autonomía. Por el contrario en el ámbito del ingreso, la suficiencia financiera depende sustancialmente de fuentes estatales y en menor medida de la correspondiente Hacienda autonómica. El sistema tributario local está necesitado de una revisión en profundidad que lo haga plenamente apto para la financiación de sus competencias. Los fallos judiciales ponen de relieve la necesidad de esa modificación del sistema tributario local. Lo que ha pasado con las Sentencias sobre el Impuesto de Plusvalía es un claro ejemplo de ello.

#### **PALABRAS CLAVE**

Autonomía local; suficiencia financiera; ingresos tributarios; gasto público.

---

#### **ABSTRACT**

The constitutional forecast on the key local financial autonomy on which political autonomy is based has had a uneven legislative development. In the area of public expenditure, this autonomy has been significantly strengthened. By contrast, in the area of revenue, financial adequacy depends substantially on state sources and to a lesser extent than the corresponding Autonomous Treasury. The local tax system needs of an in-depth review to makes it fully adequate for financing of their competences. Judicial decisions highlight the need for such modification of the local tax system. What has happened with the Judgements on Capital Gains Tax is a clear example of this.

#### **KEYWORDS**

Local autonomy; financial sufficiency; tax revenue; public spending.

#### **SUMARIO**

1. EL PUNTO DE PARTIDA. 2. AUTONOMÍA VERSUS SUFICIENCIA. 3. LOS PERCANCES JUDICIALES Y EL DESEQUILIBRIO DEL SISTEMA DE INGRESOS PÚBLICOS LOCALES. 4. LA DESIDIA DEL LEGISLADOR ESTATAL. 5. LA AUTONOMÍA LOCAL EN MATERIA DE GASTO. 6. CONCLUSIONES.

## 1. EL PUNTO DE PARTIDA

Reflexionar acerca de la **autonomía financiera local equivale a pensar sobre uno de los sectores de nuestro ordenamiento que ha experimentado una menor transformación tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978**. Ese es un hecho constatado y constatable. Hecho que, por lo demás, llama poderosamente la atención, dado que el texto constitucional supuso una apertura incuestionable sobre la distribución del poder territorial y ese fortalecimiento del poder público local parecía exigir un fortalecimiento de los medios económicos con los que poder afrontar el robustecimiento de las nuevas competencias. Esos eran los aires que soplaban allá por 1978. Aires que el paso del tiempo ha ido atemperando, de forma que el evidente incremento del gasto público local ha ido acompañado también de un notorio incremento de los recursos públicos... aunque ese incremento proviene en muy buena medida de recursos cuya titularidad sigue siendo estatal. Las transferencias estatales siguen siendo un referente inamovible en la financiación de las entidades locales.

Allá por 1978 se convirtió en axioma aquello de que **«sin autonomía financiera no hay autonomía política»**. El paso del tiempo ha novado sensiblemente la vieja aspiración tendente a la consecución de autonomía financiera local. Pese a que, formalmente, la doctrina jurisprudencial sigue insistiendo en que:

*« ... el principio de autonomía financiera de los municipios (arts. 137 y 140 CE) exige que las Haciendas locales dispongan de medios financieros suficientes para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos, las funciones que legalmente les han sido encomendadas, fundamentalmente, mediante tributos propios (art. 142 CE), pero que por estar sometidos al principio de reserva de ley (arts. 31.3 y 133.1 y 2 CE), corresponde al legislador estatal integrar las exigencias derivadas de esa reserva de ley como medio de preservar tanto la unidad del ordenamiento como una básica igualdad de posición de los contribuyentes [STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10.c)] ... » (STC 31 octubre 2019).*

## 2. AUTONOMÍA VERSUS SUFICIENCIA

La actividad financiera pública se asienta en dos grandes sectores: el ingreso y el gasto público. En materia de **gasto** la evolución ha sido notable. El incremento generalizado es consecuencia obligada de la asunción de nuevas competencias. En el marco del **ingreso** las cosas son sensiblemente diferentes, toda vez que **el sistema tributario local sigue asentado sobre las bases en que ya lo estaba con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución**. De forma que la disponibilidad de recursos públicos propios, en sentido estricto, se ha alejado sensiblemente de las necesidades financieras que hoy tienen los entes locales.

Como ya tuvimos ocasión de señalar, «con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución... el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales –Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo– actualmente vigente, se ha visto azacaneado reiteradamente por sentencias judiciales, alguna de las cuales, atendida su notable incidencia en la esfera de la recaudación local, ha obligado a que los poderes públicos se replanteen la necesidad de establecer un nuevo marco normativo que regule las Haciendas Locales. El quebranto del principio de seguridad jurídica en el ámbito tributario acaba siendo la factura a pagar por esa subordinación del poder tributario a las urgencias económicas...», concluyendo: «Mucho nos tememos que en los próximos años la lucha por la primacía del principio de seguridad jurídica en el ámbito tributario será uno de los objetivos a los que tendrán que hacer frente los tribunales europeos y señaladamente el TJUE» («Cuarenta años de Derecho Tributario», en la obra colectiva “España constitucional. 1978-2018. Trayectorias y perspectivas”, vol. II, págs. 1.199 y 2.014. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

La realidad diaria confirma lo dicho. Veamos algún ejemplo de ello.

## 3. LOS PERCANCES JUDICIALES Y EL DESEQUILIBRIO DEL SISTEMA DE INGRESOS PÚBLICOS LOCALES

En el ámbito de los **ingresos tributarios** la realidad se caracteriza por dos notas esenciales: **a) pervivencia, en sus grandes rasgos, de un sistema tributario preconstitucional y b) nula atención prestada por las Cortes Generales al diseño de un sistema tributario necesitado de reformas en sus puntos esenciales**.

El ejemplo más claro de ese desvalimiento del sistema tributario local lo tenemos muy reciente. En efecto, la *Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2017, de 16 de febrero* (BOE 25 de marzo de 2017) inició un largo camino –que aún no ha llegado a su final– en virtud del cual se declaraba la *inconstitucionalidad parcial del Impuesto municipal sobre Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana* –en adelante Impuesto sobre Plusvalía–, en la regulación dada al mismo por la Norma Foral 16/1989, reguladora del mismo en el Territorio histórico de Guipúzcoa. Unos días más tarde, el 1 de marzo de 2017, la *STC 37/2017, de 1 de marzo* (BOE 7 de abril de 2017), repetía la declaración de inconstitucionalidad en relación con la regulación que al mismo Impuesto le daba la Norma Foral 46/1989, reguladora del Impuesto en Álava.

En la primera de las Sentencias citadas, señala el TC:

«... es plenamente válida la opción de política legislativa dirigida a someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales, en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto. Ahora bien, una vez hecha la precisión que antecede, *es importante tener presente que una cosa es gravar una renta potencial (el incremento de valor que presumiblemente se produce con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana) y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal, diferencia esta que es importante subrayar porque, si así fuese, es evidente que el precepto cuestionado sería contrario al principio constitucional de capacidad económica, dado que –como hemos venido señalando– dicho principio quiebra en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia*» (STC 295/2006, de 11 de octubre, FJ 5).

Pues bien, *no cabe duda de que los preceptos cuestionados fingen, sin admitir prueba en contrario, que por el solo hecho de haber sido titular de un terreno de naturaleza urbana durante un determinado período temporal (entre uno y veinte años), se revela, en todo caso, un incremento de valor y, por tanto, una capacidad económica susceptible de imposición, impidiendo al ciudadano cumplir con su obligación de contribuir, no de cualquier manera, sino exclusivamente «de acuerdo con su capacidad económica» (art. 31.1 CE). Así las cosas, al establecer el legislador la ficción de que ha tenido lugar un incremento de valor susceptible de gravamen al momento de toda transmisión de un terreno por el solo hecho de haberlo mantenido el titular en su patrimonio durante un intervalo temporal dado, soslayando, no solo aquellos supuestos en los que no se haya producido ese incremento, sino incluso aquellos otros en los que se haya podido producir un decremento en el valor del terreno objeto de transmisión, lejos de someter a gravamen una capacidad económica susceptible de gravamen, les estaría haciendo tributar por una riqueza inexistente, en abierta contradicción con el principio de capacidad económica del citado art. 31.1 CE. Hemos de insistir en que, aunque el legislador ordinario goza de una amplia libertad de configuración normativa, su ejercicio debe efectuarse dentro del marco que la propia Constitución delimita, y, concretamente y como hemos señalado con anterioridad, con respeto al principio de capacidad económica al que llama el art. 31.1 CE, como fundamento de todo impuesto. De este modo, aunque el legislador establezca impuestos que «estén orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza» (SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 13, y 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 4), como puede ser, en el caso que nos ocupa, dar cumplimiento a la previsión del art. 47 CE, en ningún caso puede hacerlo desconociendo o contradiciendo el principio de capacidad económica (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 3), degenerando su originaria libertad de configuración en una indeseable arbitrariedad al gravarse «en todo o en parte rentas aparentes, no reales» [SSTC 221/1992, de 11 de diciembre, FJ 5.c), y 194/2000, de 19 de julio, FJ 8].*

*En definitiva, el tratamiento que los arts. 4 y 7.4 de la Norma Foral 16/1989 otorgan a los supuestos de no incremento o, incluso, de decremento, en el valor de los terrenos de naturaleza urbana, carece de toda justificación razonable en la medida en que, al imponer a los sujetos pasivos del impuesto la obligación de soportar la misma carga tributaria que corresponde a las situaciones de incrementos derivados del paso del tiempo, se están sometiendo a tributación situaciones de hecho inexpresivas de capacidad económica, lo que contradice frontalmente el principio de capacidad económica que la Constitución garantiza en el art. 31.1. De esta manera, los preceptos enjuiciados deben ser declarados inconstitucionales, aunque exclusivamente en la medida que no han previsto excluir del tributo a las situaciones inexpresivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor. (FJ 3).*

En consecuencia:

- El Impuesto no es inconstitucional en su configuración actual... salvo en aquellos casos en que grave situaciones que no son indicativas de capacidad económica.
- «No es posible asumir la interpretación salvadora de la norma cuestionada que se propone porque, al haberse establecido un método objetivo de cuantificación del incremento de valor, la normativa reguladora no admite como posibilidad ni la eventual inexistencia de un incremento ni la posible presencia de un decremento (el incremento se genera, en todo caso, por la mera titularidad de un terreno de naturaleza urbana durante un período temporal dado, determinándose mediante la aplicación automática al valor catastral del suelo en el momento de la transmisión de los coeficientes previstos en el art. 4.3 de la Norma Foral 16/1989). Es más, tampoco permite, siquiera, la determinación de un incremento distinto del derivado de “la aplicación correcta de las normas reguladoras del impuesto” (art. 7.4 de la Norma Foral 16/1989)» (FJ 6).
- La forma en que debe admitirse la existencia o no de capacidad económica susceptible de ser gravada corresponde al Legislador.

*«... la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que sólo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de esta Sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana» (FJ 7).*

Como era de esperar, apenas pasado un mes, el Pleno del Tribunal Constitucional, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Jerez de la Frontera, en relación con el artículo 107 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, dictó una nueva Sentencia en la que recogiendo la doctrina mantenida en las dos anteriores extrapolaba ya al ordenamiento común las conclusiones alcanzadas en aquellas: **STC 59/2017, de 11 de mayo (Ponente: A. Ollero Tassara)**.

Como era de esperar, dadas las incertidumbres que seguían vivas tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, los juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo siguieron pronunciándose de forma muy distinta y claramente contradictoria. Al punto que el Tribunal Supremo tuvo que fijar la doctrina que debía aplicarse a la luz de la doctrina constitucional. Es lo que hizo mediante **Sentencia de 9 de julio de 2018 (rec. 6226/2017. Ponente: A. Aguillo)**.

En dicha Sentencia, el Tribunal Supremo insufló aire en los pulmones de los Ayuntamientos españoles, al considerar que el Impuesto podía seguir liquidándose, salvo que el obligado tributario probara la inexistencia de incremento de valor de los terrenos.

De una parte, consideró el Alto Tribunal que **los artículos que regulan la cuantificación de la base imponible del Impuesto –arts. 107.1 y 107.2 a) del TRLHL–** a tenor de la interpretación que debe darse al fallo y fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017, **«adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial»**.

En consecuencia, no procede acceder a la rectificación de las autoliquidaciones del IIVTNU y, por tanto, a la devolución de los ingresos efectuados por dicho concepto, en aquellos casos en los que no se acredita por el obligado tributario la inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, supuestos en los que los artículos 107.1 y 107.2 a) del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLHL) resultan constitucionales y, por consiguiente, los ingresos, debidos.

«En este sentido, son constitucionales y resultan, pues, plenamente aplicables, en todos aquellos supuestos en los que el obligado tributario no ha logrado acreditar (...) que la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título (o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos) no ha puesto de manifiesto un incremento de su valor o, lo que es igual, una capacidad económica susceptible de ser gravada con fundamento en el artículo 31.1 CE».

De otra parte, entiende que el **«artículo 110.4 del TRLHL es inconstitucional y nulo en todo caso (inconstitucionalidad total)** porque, como señala la STC 59/2017, **“no permite acreditar un resultado diferente al**

resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene”, o, dicho de otro modo, porque “impide a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 7, y 37/2017, FJ 5)”».

En relación con la **prueba de la inexistencia de una plusvalía real y efectiva** obtenida en la transmisión del terrero, considera el tribunal,

- *corresponde «al obligado tributario probar la inexistencia de incremento de valor del terreno onerosamente transmitido»;*
- *para acreditar que no ha existido la plusvalía gravada por el IIVTNU «podrá el sujeto pasivo ofrecer cualquier principio de prueba, que al menos indiciariamente permita apreciarla (como es, por ejemplo, la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión que se refleja en las correspondientes escrituras públicas)»;*
- *aportada «por el obligado tributario la prueba de que el terreno no ha aumentado de valor, deberá ser la Administración la que pruebe en contra de dichas pretensiones para poder aplicar los preceptos del TRLHL que el fallo de la STC 59/2017 ha dejado en vigor en caso de plusvalía».*
- *Contra el resultado de la valoración de la prueba efectuada por la Administración en el seno del procedimiento tributario correspondiente, el obligado tributario dispondrá de los medios de defensa que se le reconocen en vía administrativa y, posteriormente, en sede judicial. En la vía contencioso-administrativa la prueba de la inexistencia de plusvalía real será apreciada por los Tribunales de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 LJCA y, en último término, y tal y como dispone el artículo 60.4 LJCA, de conformidad con las normas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*
- *en la medida en que la existencia de una plusvalía real y efectiva resulta perfectamente constatable sobre la base del empleo de los medios de comprobación que establece la Ley General Tributaria en los artículos 105 y siguientes, medios que permiten rechazar que la norma autorice a la Administración para decidir con entera libertad el valor real del terreno onerosamente transmitido, no existe –en los casos en los que se liquida el IIVTNU– vulneración de la reserva de ley tributaria recogida en los artículos 31.3 y 133.1 CE, ni quiebra alguna del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).*

Dos eran, como muy atinadamente señaló **Rubio de Urquía**, **las contradicciones pendientes de resolver**:

- acudir a **valores reales** para determinar la existencia o de un incremento de valor del terreno, mientras se acude a un **valor administrativo** –valor catastral, corregido por un coeficiente que tenga en cuenta el número de años en que se han generado las plusvalías– para cuantificar el importe del incremento de valor producido.

O, lo que es lo mismo: se declara inconstitucional el gravamen cuando no existe incremento de valor... pero se declara ajustado a la Constitución cuantificar ese incremento de acuerdo con un método que puede... o no ajustarse a la situación realmente gravada.

- **Someter a gravamen todo incremento real del valor del terreno para... a renglón seguido cuantificar el mismo de acuerdo no con su importe sino con la extensión del plazo de generación del mismo.** (Editorial núm. 136 de la Revista *Tributos locales*: “El alcance de la declaración de inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”).

Pendientes las contradicciones apuntadas, la historia continúa. Así, mediante **Auto 7591/2019, de 1 de julio de 2019 (rec. casación 981/2018. Ponente: A. Aguallo)** el Tribunal Supremo eleva al Tribunal Constitucional, muy razonadamente, una **nueva cuestión de inconstitucionalidad**, en los siguientes términos:

«Plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 107.1, 107.2 a) y 107.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (BOE de 9 de marzo de 2004), habida cuenta de su eventual oposición a los principios de capacidad económica y, específicamente, de prohibición de confiscatoriedad, que proclama el artículo 31.1 CE».

En los **Antecedentes de hecho –segundo–** concreta el Tribunal sus dudas sobre la constitucionalidad de tales preceptos:

«**Nuestras dudas**, muy sucintamente, se sustentan en los siguientes razonamientos:

- a) En los preceptos expresados se enuncia la regla de cálculo de la base imponible del IIVTNU y se fijan los dos elementos objetivos precisos para su determinación (el valor del terreno en el momento del devengo por referencia a su valor catastral y el porcentaje anual de incremento según el número de años de permanencia del bien en el patrimonio del contribuyente), *sin que se tenga en cuenta en absoluto el importe de la plusvalía realmente obtenida por el sujeto pasivo con ocasión de la transmisión onerosa.*
- b) *La aplicación de esa forma de determinación de la base imponible puede dar lugar –y, de hecho, así sucede en el asunto que analizamos– a que la plusvalía efectivamente obtenida como consecuencia de la transmisión onerosa de un inmueble sea de importe inferior –con frecuencia, incluso, notablemente inferior– a la cuota tributaria que resulta de la aplicación de aquellas reglas.*
- c) Y si ello es así, es posible –y de ahí nuestra duda sobre la constitucionalidad de aquellos preceptos– que la forma que ha empleado el legislador para diseñar los elementos de cuantificación del tributo agote la riqueza imponible que está en la base de la imposición, de forma tal que *podría producirse un resultado confiscatorio que incide negativamente en la prohibición constitucional que establece el artículo 31.1 CE, sobre todo si, como aquí sucede, como consecuencia de aquel diseño legal de los elementos de cuantificación de la prestación (o de alguno de ellos), la cuantía de la deuda tributaria exigida al sujeto pasivo, no solo agota o consume el importe de la riqueza que se somete a gravamen, sino que lo supera.*
- d) Es evidente que de la constitucionalidad de tales preceptos dependerá la solución del litigio que nos ocupa: la cuota girada al contribuyente (6.902,25 euros) por una plusvalía acreditada de 3.950 euros habrá de reputarse conforme a Derecho si los artículos citados se consideran ajustados a la Constitución y disconforme con el ordenamiento jurídico si se aprecia la confiscatoriedad cuya concurrencia planteamos a las partes y al Ministerio Fiscal a través de esta resolución».

En este descontrolado ir y venir a que han dado lugar las Sentencias del TC de 2017, ya se ha emitido una nueva **Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 2019** (Ponente: P. González-Trevijano), resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1020/2019, elevada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid, relativa a un caso en el que la ganancia patrimonial neta ascendía a 3.473, 90 euros, mientras que la cuota tributaria se elevaba a 3.560, 02 euros . En dicha Sentencia, concluye el Tribunal que:

«La declaración de inconstitucionalidad. *La situación que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad no puede considerarse en modo alguno como excepcional y, por tanto, el efecto negativo que provoca no es posible asumirlo como algo inevitable en el marco de la generalidad de la norma.* Antes al contrario, se produce en relación con supuestos generales perfectamente definibles como categoría conceptual, razón por la cual, *la legítima finalidad perseguida por la norma no puede prevalecer frente a las concretas disfunciones que genera, contrarias, como hemos visto, al principio de capacidad económica y a la prohibición de confiscatoriedad (art. 31.1 CE). En consecuencia, debe estimarse la presente cuestión de inconstitucionalidad...* y, en consecuencia, declarar que *el art. 107.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, es inconstitucional por vulnerar el principio de capacidad económica y la prohibición de confiscatoriedad, uno y otra consagrados en el art. 31.1 CE, en aquellos supuestos en los que la cuota a pagar es superior al incremento patrimonial obtenido por el contribuyente*» (FJ 5).

Eso sí, comienzan las matizaciones (FJ 5):

- a) «*El alcance de la declaración: la anterior declaración de inconstitucionalidad no puede serlo, sin embargo, en todo caso, lo que privaría a las entidades locales del gravamen de capacidades económicas reales.* En coherencia con la declaración parcial de inconstitucionalidad que hizo la STC 59/2017, el art. 107.4 TRLHL *debe serlo únicamente en aquellos*

*casos en los que la cuota a satisfacer es superior al incremento patrimonial realmente obtenido por el contribuyente».*

- b) *«Eso sí, la inconstitucionalidad así apreciada no puede extenderse, sin embargo, como pretende el órgano judicial, al art. 108.1 TRLHL (tipo de gravamen), pues el vicio declarado se halla exclusivamente en la forma de determinar la base imponible y no en la de calcular la cuota tributaria».*
- c) *«Ha de añadirse una precisión sobre el alcance concreto del fallo. Por exigencia del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), y al igual que hemos hecho en otras ocasiones (por todas, SSTC 22/2015 de 16 de febrero, FJ 5; y 73/2017, de 8 de junio, FJ 6), únicamente han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma, y no haber recaído todavía en ellas una resolución administrativa o judicial firme».*

#### 4. LA DESIDIA DEL LEGISLADOR ESTATAL

La llamada de auxilio que el TC hizo al Legislador en la Sentencia 59/2017 al Legislador está pendiente de respuesta aun hoy –24 de diciembre de 2019–. Llamada que ha vuelto a repetirse, sin el menor éxito, en la referida **Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 2019**:

*«La necesaria intervención del legislador: es importante señalar que una vez declarados inconstitucionales, primero los arts. 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLHL por la STC 59/2017, de 11 de mayo, y ahora el art. 107.4 TRLHL por la presente sentencia, es tarea del legislador, en el ejercicio de su libertad de configuración normativa, realizar la adaptación del régimen legal del impuesto a las exigencias constitucionales... No hay que olvidar que, de conformidad con el art. 31.1 CE, los ciudadanos no solo tienen el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, sino también el derecho de hacerlo, no de cualquier manera, sino únicamente “con arreglo a la ley” y exclusivamente “de acuerdo con su capacidad económica”. Sólo al legislador le es dado, entonces, regular esa contribución y la forma de adecuarla a la capacidad económica de cada cual, dado que a fecha de hoy han transcurrido más de dos años desde la publicación de la STC 59/2017, de 11 de mayo (BOE núm. 142, de 15 de junio), sin que haya acomodado el impuesto a las exigencias constitucionales. Es importante subrayar que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exige no solo la claridad y certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, sino también la legítima confianza y la previsibilidad en sus efectos, entendida como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 135/2018, de 13 de diciembre, FJ 5) [FJ 5.b)]».*

Más allá de la inseguridad jurídica generada a raíz de los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el Impuesto de Plusvalía –pronunciamientos que van a seguir como es de prever–, la conclusión que cabe sentar es clara: **la desidia legislativa supone una confirmación adicional a la incuria que el Legislador español ha mantenido en relación al sistema tributario local, obviando así uno de los dos elementos esenciales –ingreso– sobre el que se asienta la autonomía financiera local.**

Frente a la apuntada desidia del Legislador estatal, las Diputaciones Forales sí han actuado. El *Decreto Foral-Norma 2/2017, de 28 de marzo*, modifica el IIVTNU (Guipúzcoa) y el *Decreto Normativo de Urgencia Fiscal 3/2017, del Consejo de Gobierno Foral de 28 de marzo*, convalidada por la Norma foral 8/2017 (Álava), acatan las sentencias del Constitucional y dictan las disposiciones que entienden deben aplicarse tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

#### 5. LA AUTONOMÍA LOCAL EN MATERIA DE GASTO

En el ámbito del **gasto público local** las cosas han evolucionado de forma sensiblemente diferente. Al punto que, como de forma reiterada ha reconocido la jurisprudencia, ste es un campo en el que sí se manifiesta con claridad el respeto a las exigencias ínsitas en el concepto de autonomía financiera local.

Así, en la STC 104/2000, de 13 de abril (Sentencia del Pleno. Ponente: M. Jiménez de Parga), reiterando una doctrina ya consolidada, se afirma:

«... el principio de autonomía (para “la gestión de sus respectivos intereses”, según el art. 137 CE) que preside la organización territorial del Estado, configura uno de los pilares básicos del ordenamiento constitucional (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), ofreciendo una vertiente económica relevante ya que, *aun cuando tenga un carácter instrumental, la amplitud de los medios determina la posibilidad real de alcanzar los fines* (STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8). *La autonomía de los entes locales va, entonces, estrechamente ligada a su suficiencia financiera, por cuanto exige la plena disposición de medios financieros para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas* (SSTC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 3; 63/1986, de 21 de mayo, FJ 11; 201/1988, de 27 de octubre, FJ 4; 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7 y 14; 13/1992, de 6 de febrero, FJ 6; 132/1992, de 28 de septiembre, FJ 8; 237/1992, de 15 de diciembre, FJ 6; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2 y 3; 68/1996, de 18 de abril, FJ 10; y 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5; 166/1998, de 15 de julio, FJ 10; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22); es decir, *para posibilitar y garantizar, en definitiva, el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE* (SSTC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7; 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 2 b); 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 22; y ATC 382/1993, de 1 de diciembre, FJ 4).

Aunque el soporte material de la autonomía financiera son los ingresos y en tal sentido la Constitución configura como principio la suficiencia de recursos (en el art. 142), sin embargo, tiene un primer límite “en el marco de las disponibilidades presupuestarias” (STC 96/1990, de 24 de mayo, FJ 7). Si a esto le unimos que *la autonomía financiera está configurada más por relación a la vertiente del gasto* (como capacidad para gastar, y si acaso, a la de las transferencias de ingresos procedentes de la Hacienda estatal y que constituyen un derecho de crédito frente a ésta a favor de los entes locales) *que con relación al ingreso* –como capacidad para articular un sistema suficiente de ingresos–, llegamos a la conclusión de que la autonomía financiera está primordialmente conectada, de un lado, con la capacidad del sistema tributario como fuente principal de los ingresos de derecho público, pero, de otro lado, y dada la insuficiencia de éste, a través de la participación en los ingresos del Estado» (FJ 4).

Materia ésta en la que, además, ha podido constatarse cómo las Entidades Locales han sido obedientes al mandato de estabilidad financiera impuesto por la reforma del art. 135 de la Constitución el 27 de septiembre de 2011. *Vid.* Ley 27/2013, de Racionalidad y Sostenibilidad de la Administración Local, dictada en desarrollo del art. 135 CE y de la [Ley Orgánica 2/2012](#), de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Como señaló [Rodríguez Bereijo](#) «La reforma constitucional del art. 135 CE no responde a un mero capricho o al puro oportunismo político. Existen pocas dudas del grave desajuste de nuestras cuentas públicas frente a los compromisos que resultan del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la Unión Europea en una coyuntura financiera internacional (la crisis de la deuda soberana) que amenazaba directamente a España» (“Los «silencios» (art. 2) y la «reserva de lo posible» (art. 135) en la Constitución española”, en la obra colectiva “España constitucional 1978-2018. Trayectorias y perspectivas”, vol. I, pág. 846. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

Esta autonomía de gasto no impide, por otra parte, la existencia de límites establecidos tanto por el Estado como por las Comunidades Autónomas.

Doctrina también reiterada, de la que es claro exponente la STC 109/1998, de 21 de mayo (Sentencia del Pleno. Ponente: P. García Manzano):

«Por ello, *la facultad de aprobar los presupuestos es, ciertamente, como venimos indicando desde la STC 32/1981, “una potestad decisoria fundamental sin la que no cabe hablar de autonomía” y cuya privación, por consiguiente, “ha de considerarse contraria a la Constitución, especialmente en su art. 142”* (fundamento jurídico 8.º; en términos similares, STC 27/1987, fundamento jurídico 7.º). Dando un paso más, *en la STC 237/1992 se profundizó en el alcance de la autonomía de gasto de las Corporaciones locales, considerando aplicable en lo esencial la doctrina inicialmente vertida en torno a las Comunidades Autónomas, según la cual la misma entraña, en*

*línea de principio, la plena disponibilidad de sus ingresos, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, para poder ejercer las competencias propias; pero ello en el bien entendido de que “esa libertad para establecer el plan de ingresos y gastos, en definitiva el presupuesto, no se establece constitucionalmente con carácter absoluto” (fundamento jurídico 6.º).*

Ahora bien, bajo el prisma de los arts. 137 y 142 CE, el ámbito sobre el que se proyecta la autonomía de gasto provincial no ha de concebirse como una esfera total y absolutamente resistente a cualquier mínima incidencia o afectación proveniente de otros niveles de gobierno. Tal y como antes señalamos respecto de la garantía institucional de la autonomía local, y ahora debemos lógicamente repetir en su concreta vertiente financiera, lo que la Constitución veda de una forma terminante y sin excepciones no es sino el menoscabo del núcleo esencial o reducto indisponible de la institución, estrictamente. En consecuencia, la autonomía financiera, en la vertiente del gasto, de la que gozan los Entes locales, –esto es, la capacidad genérica de determinar y ordenar, bajo su propia responsabilidad, los gastos necesarios para el desempeño de sus competencias– puede ser restringida por el Estado y las Comunidades Autónomas dentro de los límites establecidos en el bloque de la constitucionalidad, tal como sucede en este caso en virtud de las facultades coordinadoras que ostenta la Generalidad de Cataluña con la cobertura del Plan Único de Obras y Servicios» (FJ 10).

En el ámbito financiero local se reproduce también la asimetría denunciada unánimemente en el ámbito de la financiación de las Comunidades Autónomas, en virtud de la cual una creciente autonomía en el gasto se ve contrarrestada por un sistema de ingresos cada vez más dependientes del Estado.

Como ha señalado Rodríguez Bereijo «La falta de correspondencia (esquizofrenia más que asimetría) entre las responsabilidades de gasto y las responsabilidades de ingreso de las CC.AA constituye un factor de distorsión y de desequilibrio en el funcionamiento de la Hacienda General del Estado, y por tanto en el sistema de financiación autonómica que debería ser corregido no sólo por razones de autonomía política y financiera de las CC.AA, sino también por razones de una asignación racional y eficiente de los recursos públicos, acorde, por lo demás, con los principios constitucionales de equidad, eficiencia y economía del gasto público que consagra el art. 31.2 CE» (ob. cit. pág. 847).

## 6. CONCLUSIONES

1. El mandato del art. 142 CE ha tenido un desigual desarrollo en materia de ingresos y gastos, de forma que mientras en el ámbito del *gasto público* se han tenido en cuenta las exigencias derivadas del respeto a la autonomía local, en el ámbito de los ingresos públicos esa exigencia se ha visto sensiblemente desleída.

2. En el ámbito del *gasto público* está asentada la doctrina constitucional en virtud de la cual:

- a) El poder de gasto constituye un aspecto esencial de la denominada suficiencia financiera (Sentencias TC: 32/1981. FJ 4; 27/1987, FJ 7; 109/1998, FJ 10...).
- b) La autonomía en materia de gasto se identifica como la *plena disponibilidad para ejercer competencias propias*.
- c) Esa autonomía conlleva el poder de decisión sobre el destino de los fondos, sin condicionamientos indebidos (SSTC 109/1998, FJ 10; 104/2000, FJ 4; 48/2004, FJ 10...).
- d) La autonomía de gasto puede reducirse de acuerdo con las exigencias del bloque de constitucionalidad (STC 109/1998. FJ 1. Leading case).
- e) Al amparo de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria no hay vulneración de la autonomía financiera local si se condiciona el endeudamiento a que el desequilibrio económico desaparezca en 3 ejercicios presupuestarios, dada la capacidad estatal para limitar el endeudamiento local al amparo del art. 149.11) y 13) CE (STC 134/2011, FJ 14.b).

3. La *participación en tributos del Estado* continúa siendo la fuente principal de ingresos de las Entidades Locales, de conformidad con la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley de Haciendas Locales.

4. La *participación en ingresos estatales y las subvenciones incondicionadas* –percibidas a través de las CC.AA– con criterios de repartos fijados por el Estado (SSTC 96/1990 y 331/1993) constituyen también una importante fuente de ingresos.

5. Es constitucionalmente admisible la existencia de *subvenciones condicionadas*, siempre que sean *complementarias y no afecten al bloque esencial de las competencias en materia de gasto*.

6. La *participación en tributos propios de las Comunidades Autónomas* no han tenido el desarrollo que era previsible atendido tanto el texto del art. 142 CE como los debates habidos en torno al proyecto de Constitución. En este punto se dejan sentir con especial intensidad las carencias imputables al sistema de financiación establecido por la LOFCA... cuya reforma parece nunca llegar.

7. El diseño de la normativa reguladora del sistema financiero local se ve decisivamente afectado por la renuencia del Tribunal Constitucional a entrar en el fondo de una materia –*autonomía financiera local*– que, calificada *como garantía institucional*, adolece de límites muy difusos, de forma que se trata de un concepto tendencialmente amplio, susceptible de extensión o reducción en función de las exigencias del bloque de constitucionalidad y de cuantos principios merecen también protección constitucional (SSTC 41/2016, 111/2016, 168/2016, 180/2016 y 44/2017).

Sobre el proceso creado por la LO 7/1999 –*conflicto en defensa de la autonomía local*–, cuya efectividad ha sido nula, *vid.* el trabajo de Tomás Font i Llovet “El municipio constitucional: balance y perspectivas de reforma”, en la obra colectiva “España constitucional. 1978-2018. Trayectorias y perspectivas”, vol. V, págs. 4.337 y ss. Concluye Font: «...lo cierto es que el conflicto en defensa de la autonomía local puede considerarse un experimento constitucionalmente fallido. El “Pacto local” de finales de los años 90 tuvo un precio, y fue la inoperancia del producto –defectuoso– que se ofreció al mundo local a cambio de evitar el incremento competencial de los municipios y la mejora de la financiación local que reclamaba el mundo local» (pág. 4.343). Como puede apreciarse... seguimos con los bastos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FONT I LLOVET, T. (2018): “El municipio constitucional: balance y perspectiva de reforma”, en PENDÁS GARCÍA, B. (dir.); GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E.; RUBIO NÚÑEZ, R. (coords.): *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, vol. V, págs. 4.337 y ss. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. ISBN 978-84-259-1761-5.
- MARTÍN QUERALT, J. B. (2018): “Cuarenta años de Derecho Tributario”, en PENDÁS GARCÍA, B. (dir.); GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E.; RUBIO NÚÑEZ, R. (coords.): *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas* vol. II, págs. 1.199 y 2.014. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. ISBN 978-84-259-1761-5.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A. (2018): “Los «silencios» (art.2) y «la reserva de lo posible» (art. 135) en la Constitución Española”, en PENDÁS GARCÍA, B. (dir.); GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E.; RUBIO NÚÑEZ, R. (coords.): *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectivas*, vol. I, tomo 1, pág. 846. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. ISBN 978-84-259-1761-5.
- RUBIO DE URQUÍA, R. (2018): “El alcance de la declaración de inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en *Revista Tributos Locales*, núm. 136.



## El poder normativo local y la crisis de la ley

### *Local regulatory power and the crisis of the law*

Tomás Cano Campos  
Universidad Complutense de Madrid (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2268-9681>  
tcano@der.ucm.es

#### **NOTA BIOGRÁFICA**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Realizó los tres primeros años de la Licenciatura en la Universidad de Barcelona y la concluyó en la Complutense de Madrid. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Sus líneas de investigación se centran en la invalidez de los actos y de las normas, las sanciones administrativas, los contratos públicos, la responsabilidad patrimonial de la Administración, el tráfico, los transportes y la movilidad.

---

#### **RESUMEN**

El presente trabajo analiza la evolución del poder normativo de los entes locales en estos cuarenta años de régimen local democrático en España. Lo hace centrándose en torno a tres ideas esenciales: la complejidad del sistema actual frente a la simplicidad del anterior; el incremento o ampliación de las materias de las que se ocupan las normas locales, especialmente las ordenanzas municipales; y, sobre todo, la posición singular de tales normas en el sistema de fuentes, en particular por su peculiar relación con la ley.

#### **PALABRAS CLAVE**

Poder normativo local; ordenanzas municipales; vinculación a la ley; reserva de ley; crisis de la ley.

---

#### **ABSTRACT**

This paper analyzes the evolution of the regulatory power of local authorities in these forty years of local democratic government in Spain. It does so by focusing on three essential ideas: complexity of the current system versus the simplicity of the previous one; increase or expansion of the matters that local regulations deal with, especially municipal ordinances; and, above all, the unique position of such norms in the system of legal sources, in particular because of their peculiar relationship with the law.

#### **KEYWORDS**

Local regulatory power; municipal ordinances; bonding to the law; reservation of law; crisis of the law.

#### **SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN. 2. DIVERSIFICACIÓN, COMPLEJIDAD Y AMPLIACIÓN DEL PODER NORMATIVO LOCAL. 2.1. LA CRECIENTE DIVERSIFICACIÓN Y COMPLEJIDAD DEL PODER NORMATIVO LOCAL. 2.2. LA EXPANSIÓN MATERIAL DE LAS ORDENANZAS MUNICIPALES. 3. LA POSICIÓN SINGULAR DE LAS ORDENANZAS EN EL SISTEMA DE FUENTES: ¿VINCULACIÓN NEGATIVA A LA LEY? 3.1. LA POSICIÓN SINGULAR DE LAS ORDENANZAS Y SUS MANIFESTACIONES MÁS IMPORTANTES. 3.2. LA VINCULACIÓN NEGATIVA A LA LEY Y SU FUNDAMENTO. 3.3. VINCULACIÓN A LA LEY

Y AMPLITUD DEL CAMPO DE ACCIÓN DE LAS ORDENANZAS MUNICIPALES. 3.4. ÁMBITOS QUE DESMIENTEN LA VINCULACIÓN NEGATIVA DE LAS ORDENANZAS A LA LEY. 4. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA RESERVA DE LEY. 4.1. SECTORES EN LOS QUE SE HA FLEXIBILIZADO LA RESERVA DE LEY: LOS TRIBUTOS LOCALES Y LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS. 4.2. LOS ARGUMENTOS ESGRIMIDOS PARA FLEXIBILIZAR (AÚN MÁS) LA RESERVA DE LEY Y SU FALTA DE CONSISTENCIA. 4.3. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA RESERVA DE LEY EN EL ÁMBITO SANCIONADOR Y SU CARÁCTER INNecesario. 4.4. EL PODER DE ORDENANZA Y LA CRISIS DE LA LEY. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Si hubiera que sintetizar en sólo tres frases la evolución del poder normativo de los entes locales en estos cuarenta años de régimen local democrático en España podría hacerse del siguiente modo: complejidad del sistema actual frente a la simplicidad del anterior; incremento o ampliación de las materias de las que se ocupan las normas locales, especialmente las ordenanzas municipales; y, sobre todo, posición singular de tales normas en el sistema de fuentes, en particular por su peculiar relación con la ley.

En las páginas que siguen voy a analizar la evolución de la potestad normativa local durante estos cuarenta años apoyándome en esas tres ideas centrales. Pero me voy a ocupar principalmente de la potestad normativa de los Municipios, que es la que mas claramente presenta esas características y la que ofrece más problemas desde el punto de vista jurídico. Aunque examinaré los tres aspectos referidos, centraré sobre todo mi atención en la posición singular de las ordenanzas municipales en el sistema de fuentes y, en particular, en sus relaciones con la ley, que es el tema en el que las discrepancias doctrinales y las oscilaciones en la jurisprudencia han sido mayores en estos últimos años.

## 2. DIVERSIFICACION, COMPLEJIDAD Y AMPLIACIÓN DEL PODER NORMATIVO LOCAL

### 2.1. La creciente diversificación y complejidad del poder normativo local

La aprobación de la CE y el reconocimiento en ella de la autonomía local han supuesto una clara tendencia hacia la diversificación y complejidad del ordenamiento local, superando así la concepción plana, uniforme y mononormativa que lo ha caracterizado desde los inicios mismos del constitucionalismo en el siglo XIX<sup>2</sup>. Así, frente a la homogeneidad y simplicidad del poder normativo local en la etapa anterior, es evidente que dicho poder, y el ordenamiento en que se encuadra, resulta hoy mucho más complejo, diverso y plural.

La complejidad comienza ya con la propia ordenación de las disposiciones reguladoras del régimen local, esto es, con todo el entramado de normas que componen el orden normativo o sistema de fuentes del Derecho local (la Constitución, la Carta Europea de la Autonomía Local, el Derecho de la Unión Europea, los Estatutos de Autonomía, las leyes y reglamentos estatales y autonómicos, las propias normas locales) y los principios de articulación entre unas y otras, cuestiones estas de sumo interés pero en las que ahora no procede entrar<sup>3</sup>.

Centrándonos en las normas dictadas por las propias entidades locales, la potestad normativa no sólo se predica de los Municipios sino también de las Provincias y de las Islas [art. 4.1.a) LBRL], si bien la relevancia de su poder normativo (por la índole de las competencias que ostentan) y su problemática (porque sus normas no emanan –como la de aquéllos– de un órgano con legitimación democrática directa) es mucho menor. Además, según el art. 4.2 LBRL, las leyes de las CC.AA. también pueden atribuir potestad normativa a otros entes locales como las entidades menores, las comarcas, las áreas metropolitanas y las demás entidades locales<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO/FEDER) DER 2015-65.524-R y Grupo de Investigación 931.089 de la Universidad Complutense de Madrid. El presente texto constituye una versión ampliada de la ponencia presentada en el Seminario *Cuarenta años de Régimen local democrático en España*, celebrado el 24 de octubre de 2019 en el INAP bajo la dirección del profesor J. M.ª BAÑO LEÓN y la coordinación de la profesora L. ALARCÓN SOTOMAYOR.

<sup>2</sup> MUÑOZ MACHADO, S. (2015: 228-229).

<sup>3</sup> El estudio más completo y sugerente sobre el tema es el de VELASCO CABALLERO, F. (2009). *Vid.* También el importante estudio introductorio de BAÑO LEÓN, J. M.ª (2011: 643 y ss.).

<sup>4</sup> Así lo hace, por ejemplo, el art. 4.2.a) de la Ley 8/1999, de 28 de abril, de Comarcas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, y el art. 3.2.a) del Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto refundido de

En el ámbito estrictamente municipal, en algunos Municipios (por ejemplo, en el de Barcelona), ya no sólo aprueba normas el Pleno, sino también la Comisión de Gobierno y el Alcalde<sup>5</sup>. En otros muchos Municipios han aumentado los órganos que participan activamente en la elaboración de las normas locales fruto de la complejidad de la propia organización municipal. Por ejemplo, en los Municipios de gran población, la Junta de Gobierno aprueba los proyectos de ordenanzas y reglamentos (art. 127 LBRL). Por último, en todos los Municipios se han establecido especialidades materiales y procedimentales para algunas normas aprobadas por el Pleno del Ayuntamiento (reglamentos, ordenanzas generales, ordenanzas fiscales, presupuestos, planes urbanísticos, etc.), lo que ha dado lugar a una diversificación de las formas normativas locales.

Se habla así de una diversidad de formas de ejercicio del poder normativo local, de un verdadero subsistema normativo integrado por una pluralidad de tipos que ocupan posiciones diferenciadas en su interior y que se relacionan entre sí por diversos principios (jerarquía, competencia, procedimiento). Pero, no sólo se han visto incrementados y enriquecidos los criterios de ordenación entre las propias normas locales, sino también los principios que rigen las relaciones entre ellas y las demás normas del ordenamiento autonómico y estatal.

A todo ello se ha unido el rechazo frontal a equiparar las ordenanzas con los reglamentos gubernativos y la inadecuación del esquema tradicional ley-reglamento para explicar las relaciones de las ordenanzas con la ley en nuestro ordenamiento actual, ya que las ordenanzas son normas que se fundamentan en la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140) y emanan directamente de un órgano representativo cuyos miembros gozan de legitimidad democrática directa, lo que reforzaría aún más esa singularidad de las ordenanzas municipales en nuestro sistema de fuentes<sup>6</sup>.

Todo esto es cierto y resulta evidente que estamos ante un subsistema normativo diferenciado y singular. Pero conviene no olvidar que se trata, en todo caso, de un subsistema encuadrado en otro superior que fundamenta su propia existencia y enmarca su actuación. Además, ese subsistema normativo no presenta las mismas relaciones con el ordenamiento estatal y autonómico que las que éstos presentan entre sí, regidas fundamentalmente por el principio de competencia, aunque también por el de prevalencia y supletoriedad. De modo que, el local es, en efecto, un ordenamiento singular pero sus normas están infraordenadas a las leyes del Estado y a las de las CC.AA. (en función de la materia de que se trate) y, por tanto, se rigen respecto de ellas por el principio de jerarquía normativa, principio que se inferiría del sometimiento pleno a la ley y al Derecho de la Administración (que es lo que son las Entidades locales) que consagra el art. 103.1 de la CE<sup>7</sup>.

## 2.2. La expansión material de las ordenanzas municipales

Junto a esa apertura a la diversificación de las normas municipales y a los criterios de ordenación entre ellas, también hay una tendencia clara a la ampliación de las materias de las que se han ocupado en estos años las ordenanzas municipales. Son muchas las manifestaciones de esta tendencia, por lo que sólo mencionaré algunas de las materias más relevantes.

En primer lugar, cabe destacar las ordenanzas de convivencia ciudadana o de civismo, que, dada su generalidad, afectan a numerosos ámbitos o sectores (seguridad, mendicidad, prostitución, limpieza, contaminación, etc.) e inciden directamente sobre la libertad genérica de los ciudadanos que reconoce la CE (arts.

---

la Ley de Comarcalización de Aragón, que atribuyen potestad reglamentaria y de autoorganización a las Comarcas; o el art. 55 de la Ley 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local de la Comunidad de Madrid, cuando dispone que las Mancomunidades son titulares de las potestades administrativas previstas en el art. 4.1 de la LBRL.

<sup>5</sup> Vid. la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, del Parlamento de Cataluña por la que se aprueba la Carta Municipal de Barcelona, que prevé reglamentos y ordenanzas del Pleno, decretos de la Comisión de Gobierno, decretos de Alcaldía, bandos del Alcalde, etc. Sobre el tema, *vid.* el completo y exhaustivo estudio de GALÁN GALÁN, A. (2010).

<sup>6</sup> Sobre ello, entre otros, PAREJO ALFONSO, L. (1998: 80 y ss.); GALÁN GALÁN, A. (2001); JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005: 36-37); VELASCO CABALLERO, F. (2009: 235 y ss.); MUÑOZ MACHADO, S. (2015: 273 y ss.).

<sup>7</sup> VELASCO CABALLERO, F. (2009: 292). REBOLLO PUIG, M. (2019: 263-264) habla de supremacía de las leyes. Pero, en mi opinión, no hay problema alguno en hablar de jerarquía entre normas de diferentes ordenamientos ya que el concepto de jerarquía no es unívoco y las normas se relacionan por varios vínculos de jerarquía (estructural o formal, material, lógica y axiológica). Sobre el tema, en el que ahora no procede detenerse, GUASTINI, R. (2010: 242 y ss.); FERRER BELTRÁN, J. y RODRÍGUEZ, J. L. (2011: 136-140 y 176-185); PINO, G. (2010: 40 y ss.). Por lo demás, el que las ordenanzas no sean reglamentos ejecutivos de las leyes estatales y autonómicas, no quiere decir que no estén infraordenadas a ellas. Otra cosa son las relaciones de las ordenanzas con los reglamentos estatales y autonómicos, que vienen determinadas por la ley con arreglo a varios principios. Sobre el tema, VELASCO CABALLERO, F. (2009: 283 y ss.).

1 y 10.1) al regular y ocuparse de numerosos comportamientos individuales y colectivos en tales ámbitos<sup>8</sup>. Tales ordenanzas han sido alabadas por unos, por considerarlas absolutamente necesarias para hacer frente a numerosos problemas, y cuestionadas por otros, en particular por su discutible oportunidad, por la dudosa competencia municipal para regular determinadas conductas y por la paradoja de que, en algunos aspectos, pueden acabar con el civismo que pretenden proteger y fomentar<sup>9</sup>.

También cabe citar las ordenanzas sobre el uso del *burka* o la *niqab* en los espacios públicos municipales, que a veces se desgajan de las anteriores y son dictadas por los Ayuntamientos sobre la base de sus competencias en materia de «seguridad en lugares públicos» (competencia que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local ha sustituido por la de «policía local»), aunque estas ordenanzas plantean menos problemas desde el punto de vista del principio de legalidad por cuanto que se refieren al acceso a locales municipales destinados a un servicio público<sup>10</sup>.

Algunos Municipios han aprobado igualmente ordenanzas específicas sobre contaminación acústica, electromagnética y lumínica, que tratan de proteger la salud y los derechos que garantiza el art. 18 CE (ordenanzas tuitivas), en un momento en el que ni la normativa estatal ni la autonómica se habían ocupado del tema<sup>11</sup>. En este mismo ámbito también cabe destacar las ordenanzas sobre antenas de telefonía móvil, que suelen imponer medidas adicionales de protección respecto de las previstas en la normativa estatal, por lo que su legalidad no plantea problema alguno y ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias<sup>12</sup>.

En el ámbito del medio ambiente también cabe citar las ordenanzas sobre olores, desechos y vertidos, también dictadas al amparo de las competencias de los Municipios en dicho ámbito (art. 25.2. LBRL), que afectan o inciden en derechos como el de propiedad o la libertad de empresa pero que el TS ha considerado que tienen en cobertura en la legislación de aguas estatal y en las leyes autonómicas de protección medioambiental<sup>13</sup>.

Las ordenanzas municipales sobre protección y tenencia animales de compañía y peligrosos, relacionadas con las competencias de los municipios en materia de salubridad pública, tranquilidad ciudadana y medio ambiente urbano, son otro claro ejemplo de la ampliación material de la potestad normativa municipal en estos años.

También pueden citarse en la misma línea de expansión las modernas ordenanzas de movilidad, que sustituyen a las tradicionales de tráfico y circulación vial. Se trata de normas cada vez más extensas (algunas desmesuradamente amplias, como la de Madrid que tiene 250 artículos y varios anexos), que tratan de acercarse al fenómeno de los desplazamientos en las áreas urbanas desde la perspectiva más amplia e integral de la movilidad sostenible. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local ha llevado a cabo en este ámbito un cambio importante, pues la redacción originaria del art. 25.2 de la LBRL atribuía a los Municipios competencias en materia de «b) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas», mientras que ahora el apartado g) de dicho precepto habla de «Tráfico, estacionamientos de vehículos y *movilidad*».

Por último, cabe destacar también el considerable incremento en todas ellas de su régimen sancionador como consecuencia de la flexibilización en esta materia de la reserva de ley que consagra el art. 25.1 de la CE. El tema y su problemática se analiza más abajo al estudiar la modulación de la reserva de ley en dicho ámbito.

La proliferación de ordenanzas municipales en estos y otros muchos sectores que se podrían citar (aprovechamiento de la energía solar, gestión y control de licencias, prevención de incendios, ocupación de la vía pública con contenedores, reparto de publicidad y difusión de octavillas en la vía pública, venta ambulante y mercadillos, instalación y funcionamiento de actividades hoteleras, establecimientos de tatuajes, etc.) ha supuesto una clara incidencia o afección en diversos derechos fundamentales reconocidos por la

<sup>8</sup> Seguramente la más importante, y sin duda la que ha servido de modelo a casi todas las demás, es la de Barcelona. Sobre ella, *vid.* JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005: 29 y ss.); PEMÁN GAVÍN, J. (2007: 12 y ss.).

<sup>9</sup> CASINO RUBIO, M. (2013: 1 y ss.). Se muestra crítica también, sobre todo por el amplísimo régimen sancionador que incorporan, ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2019: 288 y ss.).

<sup>10</sup> Aunque el TS no siempre lo ha entendido así al considerar que se vulnera la libertad religiosa del art. 16.1 CE. *Vid.* su Sentencia de 14 de febrero de 2013 (rec. cas. 4.118/2011), sobre la Ordenanza de Civismo y Convivencia del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, que se cita más abajo.

<sup>11</sup> DOMÉNECH PASCUAL, G. (2006: 621); ORTEGA BERNARDO, J. (2014: 55 y ss.).

<sup>12</sup> SSTs de 17 de noviembre de 2009 y de 6 de abril de 2010, entre otras. Sobre el tema, EMBID IRUJO, A. (2010: 760).

<sup>13</sup> Sobre el particular, CASADO CASADO, L. (2007: 279 y ss.); ORTEGA BERNARDO, J. (2014: 121 ss.).

CE (arts. 16, 18, 25.1, 33, 38, etc.), incidencia que en muchas ocasiones no ha sido meramente incidental o tangencial<sup>14</sup>. Pero no sólo las ordenanzas, también los propios reglamentos orgánicos municipales tienen en ocasiones eficacia *ad extra* y afectan a los derechos de los particulares, lo que acaece no sólo cuando tales normas se ocupan de los servicios públicos locales sino también cuando regulan, por ejemplo, el régimen de acceso a la información de los archivos y registros administrativos municipales<sup>15</sup>.

Pero esta expansión del poder normativo local se ha visto frenada, en cierto modo, por dos fenómenos recientes: la aprobación de leyes (en particular autonómicas) sobre muchas de las materias que las ordenanzas habían procedido a regular y el indisimulado intento de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 2013 de reducir las competencias locales y, por consiguiente, el poder normativo local.

En efecto, numerosas leyes estatales y autonómicas se han ocupado en los últimos años de materias que previamente habían sido reguladas por ordenanzas municipales, a las que han venido a dotar de una cobertura legal de la que inicialmente carecían. Así ha ocurrido, por poner sólo algunos ejemplos, en materia de «contaminación acústica» con la Ley 17/2003, de 17 de noviembre, del Ruido o con la Ley 16/2002, de 28 de junio, de Contaminación Acústica de Cataluña; en el ámbito de la «contaminación lumínica» con la Ley Foral 10/2005, de 9 de noviembre, sobre la ordenación del alumbrado para la protección del medio nocturno; en materia de «energía solar» con la legislación estatal de telecomunicaciones (Leyes 32/2003, de 3 de noviembre, y 9/2014, de 9 de mayo); en lo que respecta al «botellón» con la Ley 5/2002, de 27 de junio, sobre Drogodependencias y otros Trastornos Adictivos de la Comunidad de Madrid, o con la Ley 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los Municipios de Andalucía; con los «animales peligrosos» con la Ley andaluza 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos; o en el ámbito de la «movilidad» con las Leyes de movilidad de Cataluña (Ley 9/2003, de 19 de junio), de Valencia (Ley 6/2011, de 1 de abril), de Baleares (Ley 4/2014, de 20 de junio) o de Asturias (Ley 12/2018, de 23 de noviembre).

En segundo lugar, la ampliación del campo material de las ordenanzas se ha visto frenada también con la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, dictada en un contexto de grave crisis económica con la finalidad, dice su propia Exposición de Motivos, de clarificar las competencias locales, evitar duplicidades y racionalizar la organización local. La mayoría de la doctrina y el propio Consejo de Estado (en su dictamen 567/2013) han visto en dicha norma un claro intento de reducción de las competencias municipales. Pero el intento, han destacado otros, es más aparente que real y, en todo caso, ha sido desactivado en cierto modo por el TC.

El intento es más aparente que real porque, como se ha señalado, «la ley mantiene prácticamente intacto el cuadro de las competencias municipales establecido en 1985» y, más bien, «podría decirse que el complejo de competencias locales experimenta una cierta tendencia al crecimiento», como puede apreciarse si se compara la relación de materias que presentaba el art. 25.2 de la LBRL en su redacción originaria y la que presenta ahora tras la reforma llevada a cabo por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad<sup>16</sup>. Además, la nueva redacción del art. 25.2 LBRL indica específicamente materias de interés local para que las leyes estatales o autonómicas asignen «competencias *propias*», algo que la anterior redacción no precisaba<sup>17</sup>.

El intento ha sido desactivado también por el TC al resolver los numerosos recursos de inconstitucionalidad (nueve en total) y los conflictos en defensa de la autonomía local (dos) interpuestos contra la Ley de Racionalización y Sostenibilidad. Así, frente a la pretensión que –según muchos– parecía subyacer en dicha Ley de que el listado de materias del art. 25.2 de la LBRL era de máximos, de modo que el legislador

<sup>14</sup> Sobre ello, ORTEGA BERNARDO, J. (2014: 129 y ss.), donde se pueden ver numerosos ejemplos de ordenanzas sobre tales temas.

<sup>15</sup> Vid. ORTEGA BERNARDO, J. (2014: 39-40). Sobre los reglamentos orgánicos locales, *vid.* el completo estudio de GALÁN GALÁN, A. (2004), así como FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2011: 1.467 y ss.).

<sup>16</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2014: 141), quien destaca que, en buena parte de los casos, los rótulos competenciales son literalmente idénticos, en algunas materias las alteraciones son puramente terminológicas, en otras el recorte es puramente aparente (como sucede con la protección del medio ambiente), mientras que en otros casos el recorte es indiscutible (por ejemplo, en la «prestación de servicios sociales y de promoción y inserción social», que se reduce a «evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social»), pero se restablece el nivel competencial por la vía de las competencias delegadas; por el contrario, en otros ámbitos hay una clara ampliación competencial: infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad, conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a educación infantil, primaria o especial, previsión de nuevas competencias delegadas, etc. (págs. 143-145).

<sup>17</sup> Vid. CIDONCHA MARTÍN, A. (2017: 72).

sectorial sólo podría atribuir competencias propias en las materias ahí reflejadas, el TC ha considerado (en especial en las SSTC 41/2016, 111/2016 y 107/2017) que el art. 25.2 no establece un *numerus clausus*, sino solo las materias dentro de las cuáles las leyes estatales y autonómicas deben necesariamente atribuir competencias propias a los Municipios, de modo que el elenco de materias de ese precepto puede ser ampliado también por el Estado o por las CC.AA. en sus propios Estatutos o en su legislación sectorial<sup>18</sup>.

### 3. LA POSICIÓN SINGULAR DE LAS ORDENANZAS EN EL SISTEMA DE FUENTES: ¿VINCULACIÓN NEGATIVA A LA LEY?

#### 3.1. La posición singular de las ordenanzas y sus manifestaciones más importantes

Pero en estos 40 años se ha tratado, sobre todo, de enfatizar la posición singular de las ordenanzas en el ordenamiento jurídico. Como las ordenanzas, se afirma, son el producto de un poder normativo originario derivado de la autonomía local que la CE garantiza (SSTC 214/1989, 385/1993, 40/1998, 233/1999, 132/2001, etc.), su posición en el sistema normativo es muy distinta a la de los reglamentos estatales y autonómicos, con los que en modo alguno se les pueden equiparar.

Son varias las expresiones de esa singularidad: las ordenanzas son tipos normativos diferentes a los reglamentos gubernativos, pertenecen a un ordenamiento jurídico propio, no están subordinadas a ninguna otra norma procedente de la misma entidad y responden a la idea de manifestación y desarrollo de un poder propio<sup>19</sup>; las ordenanzas, a diferencia de los reglamentos estatales y autonómicos, no se limitan a desarrollar o ejecutar las leyes, sino que tienen un campo de acción mucho más amplio que les permite adoptar políticas propias, razón por la que su relación con las leyes no se puede reconducir al esquema tradicional ley-reglamento ejecutivo<sup>20</sup>; la ordenación entre las ordenanzas y las leyes es compleja y no sólo se rige por el principio de jerarquía, sino también por el de competencia<sup>21</sup>; la CE contemplaría incluso una reserva de ordenanza o una reserva relativa de regulación local en las materias de interés local<sup>22</sup>.

Algunas de estas singularidades son certeras pero otras resultan cuestionables. Por ejemplo, la de que la relación entre las ordenanzas y las leyes se rige también por el principio de competencia o la de que existe una reserva de ordenanza en la CE. En mi opinión, de la lectura de la CE se extrae claramente la conclusión de que las normas locales no tienen reservado ningún ámbito material, así como que no hay materias que la ley no pueda regular. El que la autonomía local implique la necesidad de una contención del legislador, de modo que no pueda establecer regulaciones agotadoras que la desfiguren o desconozcan por completo, no quiere decir que la CE consagre una reserva de ordenanza en cuyo ámbito la ley no pueda entrar. La ley puede regular cualquier materia, aunque en los asuntos en los que está presente un interés local no pueda hacerlo con la densidad que quiera. La autonomía supone un espacio de decisión propio, pero ese espacio lo determina la propia ley con un amplio margen de apreciación.

En cualquier caso, las dos manifestaciones más generalmente aceptadas hoy de esa posición singular de las ordenanzas en nuestro sistema de fuentes son, sin lugar a dudas, la de que su vinculación a la ley es negativa y la de que en determinados ámbitos la reserva de ley se flexibiliza o modula aún más, de modo que en ellos las ordenanzas tendrían un mayor campo de acción. La idea que subyace se puede sintetizar así: en los asuntos de interés local, «*más ordenanza y menos ley*».

En este apartado me voy a ocupar únicamente de la (supuesta) existencia de una vinculación negativa general de las ordenanzas a la ley. La flexibilización de la reserva de ley en algunos ámbitos o sectores, los argumentos que se han utilizado para ello y su consistencia, así como la necesidad real de esa mayor flexibilización o modulación de la reserva de ley, en particular en el ámbito sancionador, serán objeto de análisis en el cuarto y último apartado de este trabajo.

<sup>18</sup> Sobre el tema, entre otros, MARTÍN REBOLLO, L. y ALEGRE ÁVILA, J. M. (2017: 2029); CIDONCHA MARTÍN, A. (2017: 63 y ss.).

<sup>19</sup> GALÁN GALÁN, A. (2010: 6-7).

<sup>20</sup> PAREJO ALFONSO, L. (1998: 80 y ss. y 2016: 160); BLASCO DÍAZ, J. L. (2001: 86); GALÁN GALÁN, A. (2001: 227-230); JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005: 37); ORTEGA BERNARDO, J. (2014: 239); MUÑOZ MACHADO, S. (2015: 283), para quien la relación ley-ordenanza se asemejaría a la que media entre las leyes básicas estatales y las autonómicas de desarrollo. En contra de esto último, VELASCO CABALLERO, F. (2009: 252).

<sup>21</sup> SÁNCHEZ GOYANES, E. (2000: 82, 92); BLASCO DÍAZ, J. L. (2001: 75); BELLO PAREDES, S. E. (2002: 200); ORTEGA BERNARDO, J. (2014: 225-228).

<sup>22</sup> SÁNCHEZ GOYANES, E. (2000: 82); VELASCO CABALLERO, F. (2009: 245-246).

### 3.2. La vinculación negativa a la ley y su fundamento

La concepción hoy dominante en la doctrina, y en la jurisprudencia también, considera, en efecto, que hay una vinculación negativa de las ordenanzas a la ley, de modo que, las ordenanzas sólo tienen en ella límite externo y por eso pueden regular todo lo que no prohíbe sin necesidad de habilitación legal previa: la ley es un límite negativo, la que marca la linde exterior de la ordenanza<sup>23</sup>.

No comparto esta tesis, comenzando por su propio fundamento<sup>24</sup>. Para algunos autores, la vinculación negativa a la ley derivaría del reconocimiento (implícito) del poder normativo local en la propia CE, y se vería refrendado por las numerosas normas que disponen que las ordenanzas se dictan «en el marco» o «de conformidad» con la ley y que lo único que precisan respecto de ellas es que no pueden contener preceptos contrarios a las leyes<sup>25</sup>. Pero si ese fuera el fundamento, también la potestad reglamentaria del Gobierno estaría negativamente vinculada a la ley, ya que es un poder originario que atribuye (además de forma expresa) la propia CE, ha de ejercerse de acuerdo con ella y con las leyes (art. 97), y, en particular, según dispone el art. 22 de la Ley del Gobierno, de conformidad con los principios y reglas contenidos en el Título VI de la LPAC, cuyo art. 128.2 dispone expresamente que los reglamentos tampoco pueden vulnerar la CE o las leyes ni regular materias reservadas a la ley. El que la norma habilitante del poder normativo local sea la propia CE, y deba ejercerse de conformidad con la ley, no significa indefectiblemente que, en todas las materias de interés local, la vinculación de las ordenanzas a la ley sea negativa.

También se esgrime como fundamento de la vinculación negativa de las ordenanzas a las leyes la naturaleza política y no meramente administrativa de la autonomía local y de los gobiernos locales<sup>26</sup>. Pero tampoco este argumento resulta convincente. Para empezar, lo que el TC ha señalado, más bien, es que la autonomía local es administrativa (STC 31/1982, FJ 3); que la autonomía de las CC.AA. tiene «una dimensión política» de la que carecen los Ayuntamientos (STC 11/1999, FJ 4); que los entes locales «son ante todo Administraciones públicas» y su autonomía «es sustancialmente diferente a la de las CC.AA.» (STC 132/2012, FJ 7); y que, aunque son Administraciones de carácter representativo dotadas de autogobierno, su órgano representativo, a diferencia del de las CC.AA., no está separado, sino que es «parte del órgano de gobierno y administración del ayuntamiento o diputación (STC 111/2016, FJ 8). Aunque, en el caso de los Municipios, dicho órgano representativo tiene legitimidad democrática directa, las normas que aprueba no son leyes ni la voluntad general que representa es equiparable a la que expresa un Parlamento autonómico o el estatal. Además, en sentido subjetivo, los entes locales son Administraciones (como acredita el rótulo del capítulo II del Título VIII de la CE), lo que no significa que se limiten a administrar, pues también gobiernan ya que ejercen labores de dirección política y toman decisiones con arreglo a criterios de oportunidad, como hacen también, por lo demás, los órganos superiores y directivos de la Administración del Estado y de las CC.AA.<sup>27</sup>.

El resto de argumentos que también se esgrimen para justificar que las ordenanzas están vinculadas negativamente a la ley, tales como la legitimación democrática directa del órgano que aprueba las ordenanzas o la propia autonomía local de la que las ordenanzas son expresión, tampoco me parece que conduzcan a esa conclusión. La autonomía municipal y el carácter representativo de órgano que las aprueba explican y justifican un campo de acción de las ordenanzas municipales más amplio y extenso que el que corresponde a los reglamentos gubernativos con carácter general, pero no necesariamente dicho tipo de vinculación,

<sup>23</sup> En la doctrina, entre otros, GALÁN GALÁN, A. (2001: 179 y 2010: 2 y ss.); BLASCO DÍAZ, J. L. (2001: 191); JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005: 37); VELASCO CABALLERO, F. (2009: 242); EMBID IRUJO, A. (2010: 115, 125); ORTEGA BERNARDO, J. (2014: 197, 246 y ss.); MUÑOZ MACHADO, S. (2015: 283). En la jurisprudencia, por ejemplo, SSTS de 7 de octubre de 2009 (rec. núm. 204/2008), de 14 de febrero de 2013 (rec. núm. 4.118/2011). Vid. también el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.749/1994, de 23 de febrero de 1995.

<sup>24</sup> Se muestra radicalmente en contra también y considera que los argumentos que se invocan son insostenibles y producen grave daño para elementos esenciales del Estado de Derecho y la libertad de los ciudadanos, REBOLLO PUIG, M. (2019: 266).

<sup>25</sup> Por ejemplo, el art. 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local (la autonomía local es el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos «en el marco de la ley»); el art. 55 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (las ordenanzas y reglamentos de las entidades locales «en ningún caso contendrán preceptos opuestos a las leyes»); el art. 2.2 de la Ley 22/2006, de 4 de julio, de Capitalidad y Régimen Especial de Madrid (las funciones de ordenación y ejecución se ejercen por el Ayuntamiento bajo su propia responsabilidad y «en el marco de las leyes»); el art. 237.1 del Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña («Las ordenanzas y los bandos no pueden contener preceptos contrarios a las leyes y otras disposiciones generales»). Mas ejemplos en GALÁN GALÁN, A. (2010: 14 y ss.).

<sup>26</sup> Dictamen del Consejo de Estado 1.794/1994, de 23 de febrero. En la doctrina, GALÁN GALÁN, A. (2010: 10).

<sup>27</sup> Es muy claro y convincente al respecto CIDONCHA MARTÍN, A. (2017: 30-31), de quien tomo las referencias de la jurisprudencia constitucional y quien, en esa polémica autonomía administrativa-autonomía política de los entes locales, concluye que: «llámese a esto como se quiera (el nombre no altera la naturaleza de las cosas). Yo lo llamo autonomía local, sin más».

porque, como se verá, ese extenso campo de acción puede darse igualmente aunque las ordenanzas estén positivamente vinculadas a la ley.

Pero, al margen de su discutible fundamento, la tesis de la vinculación negativa a la ley no deja de ser paradójica por cuanto que, como reconocen muchos de los autores que la defienden, es el legislador mismo el que configura la autonomía local y el que delimita o enmarca el contenido del poder de ordenanza mediante la fijación de su ámbito material, por lo que, más que un límite externo o frontera a su libre actuación, la ley constituye el marco y fundamento de su campo de acción. La ley es, cuando menos, el fundamento previo del ámbito material de actuación de las ordenanzas municipales, tal y como disponen expresamente los arts. 7.2 y 4 y 25.2 y 3 de la LBRL<sup>28</sup>.

La autonomía supone un espacio de decisión propio, pero ese espacio lo delimita el legislador ya que no lo ha hecho directamente la propia CE. El que, dentro del espacio delimitado por la ley, el Municipio, en ejercicio de su autonomía, pueda optar libremente por varias opciones políticas no hace que la vinculación a la ley sea negativa o desligada de ella por completo, pues sólo puede moverse dentro del espacio señalado previamente por el legislador.

La tesis general de la vinculación negativa a la ley, en fin, también resulta chocante si se tiene en cuenta la posición central de la ley en la ordenación del sistema de fuentes local, pues, a falta de un criterio constitucional sobre el particular, es la propia ley la que establece las relaciones entre las ordenanzas y los reglamentos estatales y autonómicos y, por tanto, la que determina si se ordenan con arreglo al principio de jerarquía, el de competencia o el de primacía, lo que, como se ha señalado, explicaría la diversidad de resoluciones judiciales al respecto<sup>29</sup>.

### 3.3. Vinculación a la ley y amplitud del campo de acción de las ordenanzas municipales

Pero, al margen de lo cuestionables que resultan los argumentos a favor de la vinculación negativa a la ley y de las paradojas de esa afirmación en un subsistema normativo en el que la ley goza de una posición central, lo que realmente hay que plantearse es, en primer lugar, si el concepto de vinculación negativa determina la extensión del campo de actuación de las ordenanzas municipales y, en segundo lugar, si dicho concepto explica adecuadamente su posición en nuestro ordenamiento.

Con la afirmación de que la vinculación de las ordenanzas a la ley es negativa, a veces, lo que se quiere destacar es que el espacio normativo de las ordenanzas, el alcance real de su poder de innovación y la posibilidad de implantar políticas propias en los asuntos de interés local, resulta mayor que si están positivamente vinculadas a la legalidad, lo cual es erróneo. Otras veces, lo que se quiere significar es que los Ayuntamientos no requieren en ningún caso de habilitación legal previa para aprobar ordenanzas en los asuntos de interés local, lo cual, formulado con esa generalidad, no refleja realmente los datos que actualmente ofrece nuestro Derecho positivo.

Lo primero es erróneo porque el poder innovador de las ordenanzas no depende del tipo de vinculación a la ley, sino de la densidad normativa de ésta, del contenido y extensión de las disposiciones que contiene. En un sistema de vinculación positiva puede haber un amplio campo de acción para las ordenanzas si es vasta y extensa la habilitación legal y, a la inversa, en un sistema de vinculación negativa no hace falta habilitación legal, pero el ámbito de las ordenanzas puede ser muy reducido si la ley regula agotadoramente la materia y el campo que deja a las ordenanzas es muy estrecho. En definitiva: es posible un poder normativo local amplio e innovador en un sistema con vinculación positiva a la ley y, a la inversa, un poder normativo local reducido y poco creador en un sistema donde la vinculación es negativa, pues la clave no es el tipo de vinculación a la ley, sino la densidad normativa de su regulación.

Lo segundo, la tesis de que las ordenanzas no necesitan habilitación legal específica, no refleja los datos del Derecho positivo porque la cuestión se plantea de forma binaria y excluyente (vinculación positiva o

<sup>28</sup> Art. 7.2: «Las competencias propias de los Municipios, las Provincias y las Islas y demás Entidades Locales territoriales sólo podrán ser determinadas por Ley...»; art. 25.2: «El Municipio ejercerá en todo caso competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas...»; art. 25.3: «Las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo se determinarán por Ley...». Incluso respecto de la cláusula del art. 7.4 (competencias propias genéricas), que permitiría a los Municipios el ejercicio de competencias no atribuidas específicamente (STC 41/2016, FJ 12), el propio párrafo 2.º de dicho precepto dispone que: «En todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas».

<sup>29</sup> VELASCO CABALLERO, F. (2009: 286 y ss.), con numerosos ejemplos de leyes sectoriales que articulan la relación entre los reglamentos gubernativos y las ordenanzas con arreglo a tales criterios.

vinculación negativa), cuando en algunos ámbitos la vinculación a la ley es positiva mientras que en otros, la mayoría, la vinculación puede considerarse negativa o menor. Veámoslo.

### 3.4. Ámbitos que desmienten la vinculación negativa de las ordenanzas a la ley

Hay ámbitos, en efecto, en los cuales el apoderamiento legal es necesario para que las ordenanzas puedan intervenir o regular un sector: el de las materias reservadas a la ley y el de la limitación de la libertad genérica a los ciudadanos.

En el primer caso, como luego se verá, el TC ha flexibilizado o modulado la reserva en algunos ámbitos (tributario, sancionador) para que el poder regulador de las ordenanzas sea más amplio o mayor que el que corresponde a los reglamentos estatales o autonómicos, pero la necesidad de una ley previa en la materia que delimite el campo de las ordenanzas y precise lo que pueden hacer no se ha eliminado por completo. Es cierto que, en tales casos, podría sostenerse que si la ley tiene una menor densidad normativa para que la ordenanza tenga un mayor poder innovador resultaría innecesario que la ley habilitase expresamente a la ordenanza y se remitiese a ella, pues la habilitación ya estaría implícita en la propia ley, la cual precisamente se contiene o retrae para garantizar la modulación de la reserva. La habilitación estaría implícita, pero sería una habilitación inequívoca al fin y al cabo. En cualquier caso, de la jurisprudencia constitucional se deduce, más bien, la exigencia de que la ley contenga una habilitación expresa a la ordenanza precisando su campo de actuación, lo que no creo que pueda entenderse como un simple reenvío a ellas. Así, por ejemplo, en el ámbito de las Haciendas locales, la STC 233/1999 precisa que, en relación a los tributos propios de las Corporaciones Locales, «la ley *deberá reconocerles* una intervención en su establecimiento o en su exigencia» [FJ 10.b)]<sup>30</sup>. Y, en el ámbito sancionador, la STC 132/2001 dispone que la ley debe fijar los criterios mínimos de antijuridicidad «que *orienten y condicionen* la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción [...] y *las clases de sanciones que pueden establecer* las ordenanzas municipales» (FJ 6). De hecho, en estos ámbitos, las leyes hacen una llamada expresa a las ordenanzas cuyo ámbito de actuación acotan y definen, como puede verse en la propia LBRL (arts. 140 y 141), en la Ley del Ruido (art. 28.5 y art. 29.2) o en el Texto refundido de la Ley de Haciendas locales (art. 15).

En segundo lugar, también debe exigirse habilitación legal siempre que se pretenda restringir o limitar la libertad genérica de los ciudadanos. Como se ha señalado, junto a las reservas específicas de ley, la CE proclama el principio general de que cualquier limitación de la libertad de los particulares producida por un reglamento tiene que estar prevista en una ley, pues en nuestro ordenamiento la ley constituye precisamente una garantía de esa libertad y cualquier restricción de ésta tiene necesariamente que encontrar un fundamento legal<sup>31</sup>. El TC lo ha señalado en varias sentencias y, hasta donde sé, no ha eliminado, relajado o modulado esta exigencia para las ordenanzas municipales: «el principio general de libertad que la Constitución (art. 1.1) consagra autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos y condiciones determinadas» (SSTC 83/1984, 101/1998, 93/1992, 196/1997, entre otras). Esta exigencia de ley previa es distinta a la reserva de ley y se satisface con ese apoderamiento o habilitación legal sin exigir, por tanto, que la ley entre a regular la materia<sup>32</sup>. Además, basta con que la ley atribuya potestades limitativas de la libertad, aunque no prevea expresamente reglamentos, pues eso ya, unido a la previsión genérica que se deduce de la propia CE y establece el art. 4.1 LBRL, permite establecer límites por reglamentos u ordenanzas<sup>33</sup>.

Es cierto que en la jurisprudencia ordinaria parece ir afianzándose de forma progresiva la tesis de la vinculación negativa, pero también hay algunas sentencias que la desmienten y avalan la exigencia de habilitación legal previa para limitar la libertad de los ciudadanos. La STS de 7 de noviembre de 2012 (rec. núm. 5.582/2010), por ejemplo, confirma la STSJ de Madrid, de 17 de junio de 2010, que declaró nulo el

<sup>30</sup> Vid. FERNÁNDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2015: 247, 256).

<sup>31</sup> BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (1991: 106, 199 y ss. y 2018: 397); REBOLLO PUIG, M. (1991: 98, 112-113 y 2019: 248, 266); SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1991: 202, 781, 850 y 2018: 233, 261-262), GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2017: 273 y ss.); BELADÍEZ ROJO, M. (2000: 333, 337); entre otros.

<sup>32</sup> Aunque es un tema discutido, y la doctrina está dividida al respecto, la previsión genérica del art. 84 LBRL («las Corporaciones locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de ... ordenanzas»), no sería suficiente. Un resumen de las tesis mantenidas, con una toma de postura particular (dicho precepto sólo constituye una habilitación de las potestades de policía, mientras que cualquier otra potestad de limitación necesita atribuciones legales específicas), en REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (2007: 2.171 y ss.).

<sup>33</sup> Vid. REBOLLO PUIG, M. (2019: 156 y 248).

art. 10 de la Ordenanza de limpieza de los espacios públicos y de gestión de residuos del Ayuntamiento de Madrid porque obligaba a limpiar las aceras en una anchura mínima de dos metros a quienes habitasen en el edificio, desarrollasen la actividad si se tratase de comercios o fueren propietarios en el caso de solares sin edificar, lo que supone trasladar la obligación propia de ese servicio público (obligatorio) a los particulares sin mediar una ley previa como exige el art. 31.3 de la CE<sup>34</sup>. La STS 14 febrero de 2013 (rec. núm. 4.118/2011) anuló un precepto de la Ordenanza municipal de civismo y convivencia del Ayuntamiento de Lleida, de 8 de octubre de 2010, que prohibía portar un velo integral en los locales públicos de titularidad municipal porque se restringía un derecho fundamental (la libertad religiosa) sin una decisión previa del legislador. Su razonamiento es el siguiente: la admisión del principio de vinculación negativa de las ordenanzas municipales a la ley «no autoriza a prescindir del hecho de que tal vinculación negativa existe, vinculación que comienza por la Constitución (art. 9.1 y 53.1 CE); y, ello sentado, si la Constitución exige para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental (como lo es el de libertad religiosa, del art. 16 CE) la existencia de una Ley (art. 53.1, inciso segundo) no se atiene a ese principio de vinculación negativa una Ordenanza que directamente prescinde de la exigencia del art. 53.CE, arrojándose la potestad de regular lo que la Constitución reserva a la Ley»<sup>35</sup>. Pero la argumentación de la sentencia desmiente el punto del que parte, pues la vinculación negativa a la CE se traduce precisamente en una vinculación positiva a la ley en las materias que le reserva la CE.

Fuera de los referidos ámbitos (materias reservadas a la ley y limitación de la libertad genérica de los ciudadanos), puede sostenerse que la vinculación a la ley es negativa, lo que deja un amplio campo de acción a las ordenanzas municipales, las cuales, con la sola base de su atribución genérica (arts. 137 y 140 CE y art. 4 LBRL) pueden ocuparse con un amplio poder de configuración de un extenso número materias, que se puede sintetizar así: la propia estructura organizativa municipal y el funcionamiento de sus órganos, la regulación de los servicios locales (deportivos, educativos, de transportes, etc.), la regulación del uso de sus bienes, la actividad de fomento, la actividad empresarial, etc.<sup>36</sup>.

En cualquier caso, conviene no olvidar que ese tipo de vinculación negativa a la ley en los referidos ámbitos nunca será similar a la de los ciudadanos, cuyo punto de partida es precisamente la libertad genérica, el poder hacer todo lo que la ley no prohíbe, así como el libre desarrollo de la personalidad, que les permite tomar decisiones libres y arbitrarias. Creo que no debe olvidarse que la vinculación negativa a la ley, en los ámbitos en los que opera, nunca podrá ser igual para los Municipios, o para cualquier otra Administración pública, que para los sujetos privados, pues ni tienen la misma posición ante el Derecho ni el Derecho por el que se rigen es el mismo ni para unos y otros sujetos ese distinto Derecho tiene el mismo sentido y significación.

## 4. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA RESERVA DE LEY

### 4.1. Sectores en los que se ha flexibilizado la reserva de ley: los tributos locales y las sanciones administrativas

Paso a referirme, por último, a la relación entre las ordenanzas y las reservas constitucionales de ley. Hay un exponente extremo de esta relación que postula que, en el ámbito local, la reserva de ley se cumpliría precisamente con las ordenanzas municipales en cuanto que son expresión de la autonomía local y son aprobadas por un órgano elegido democráticamente<sup>37</sup>. En las materias reservadas, se viene a decir, «*las ordenanzas son la ley*».

Pero la tesis que finalmente ha triunfado, como se sabe, es la que modula, flexibiliza o reduce (aún más) la reserva de ley en el ámbito tributario y sancionador para que las ordenanzas puedan tener un mayor campo de acción. En otros ámbitos, como el estatuto de la propiedad del suelo o la libertad de empresa, no se ha considerado necesaria limitar más la reserva de ley que la CE también establece (arts. 33.2, 38 y 53.1)

<sup>34</sup> ORTEGA BERNARDO, J. (2014: 54-55) considera discutibles tales sentencias porque la obligación que impone la ordenanza no es una prestación pública individualizada, sino una carga que deriva el derecho de propiedad y que encontraría base legal en el antiguo art. 9.1 del Texto refundido de la Ley del suelo de 2008 (actual art. 15 del texto refundido de 2015). Pero esta autora no repara en que el deber de limpieza que establece la ordenanza recae sobre las aceras, que son bienes de dominio público de titularidad municipal, lo que en modo alguno se puede equiparar al deber de mantener limpias las fachadas de los edificios de los que el ciudadano es propietario o titular.

<sup>35</sup> En cualquier caso, como puede verse, lo afectado es la libertad religiosa y no la libertad genérica de los ciudadanos y la cuestión se refiere más a la reserva de ley que a la vinculación positiva a la ley.

<sup>36</sup> REBOLLO PUIG, M. (2019: 266-267).

<sup>37</sup> PAREJO ALFONSO, L. (1998: 83 y ss.).

dada su menor intensidad; es decir, porque en tales campos la reserva de ley es lo suficientemente reducida o flexible como para garantizar la autonomía local<sup>38</sup>.

En el ámbito tributario, la STC 19/1987 señaló ya que el principio de reserva de ley en la materia «no deberá extenderse hasta un punto tal en que se prive [a los Municipios] de cualquier intervención en la ordenación del tributo o en su exigencia para su propio ámbito territorial», mientras que la STC 185/1995 precisó que cuando se trata de tributos locales el legislador puede «hacer una parcial regulación de tipos, predisponiendo criterios o límites para su ulterior definición por las corporaciones locales a las que corresponderá el tipo que haya de ser aplicado». Pero es en la sentencia 233/1999, ya citada, donde el TC afirma expresamente que la reserva de ley tributaria es más limitada en relación con las ordenanzas locales que con los reglamentos gubernativos, ya que la previsión del art. 31.3 CE no puede entenderse desligada de las condiciones propias del sistema de autonomías que la propia CE consagra, de modo que la autonomía local también posee una proyección en el terreno tributario que se traduce en que las corporaciones locales «habrán de contar con tributos propios y sobre los mismos deberá la Ley reconocerles una intervención en su establecimiento o en su exigencia, según previenen los arts. 140 y 133.2 de la misma Norma Fundamental». El TC también precisa que el alcance de dicha reserva depende del tipo de tributo (la reserva de ley es más flexible aún en las tasas) y del elemento del tributo de que se trate (hecho imponible, base, tipo de gravamen, cuota, etc.) y concluye que «la potestad de fijar la cuota o tipo de sus propios tributos dentro de los límites de la ley es uno de los elementos indiscutiblemente definidores de la autonomía local, encontrándose, como tal, reconocida en el artículo 9.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local»<sup>39</sup>. En cualquier caso, y como puede verse por ejemplo en las SSTC 63/2003 (FJ 4) y 150/2003 (FJ 3), esa mayor relativización de la reserva en función del tipo de tributo o de los elementos que lo componen no sólo tiene lugar en relación a las ordenanzas fiscales, sino también respecto de los reglamentos gubernativos.

En el ámbito sancionador, tras una larga discusión doctrinal y una jurisprudencia contradictoria, la STC 132/2001 (que resuelve el recurso de amparo presentado por un taxista contra una sanción que le había impuesto el Ayuntamiento de Madrid de conformidad con su ordenanza de autotaxis) señaló que, en el ámbito local, no es necesario que la ley contenga todos los «elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer» (como se exige con carácter general), sino que sólo tiene que «fijar los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer los tipos de infracciones» y «las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales». Respecto de las infracciones, no se trata, dice el TC, de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones que luego deba completar la ordenanza municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer tipos de infracción. En cuanto a las sanciones, tampoco se exige que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada ordenanza municipal puede establecer en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifique. Lo reservado a la ley se limita porque no se exige que la ley tipifique cada tipo de ilícito y su correspondiente sanción, pero no permite la inhibición del legislador ya que las ordenanzas no pueden tipificar infracciones y sanciones sin una base legal previa que presente al menos ese contenido.

Esta jurisprudencia (reiterada luego en las sentencias 161/2003, 6/2004, 232/2006, entre otras) motivó, como se sabe, la introducción de un nuevo Título XI en la LBRL y la modificación de los arts. 127 y 129 de la Ley 30/1992 (hoy arts. 25 y 27 de la LRJSP)<sup>40</sup>. El referido Título XI de la LBRL, que consta únicamente de los arts. 139 a 141, trata de fijar esos criterios mínimos de antijuridicidad a que alude la jurisprudencia constitucional, es decir, el injusto o juicio de desvalor a la conducta del sujeto, y los límites de las sanciones pecuniarias que las ordenanzas pueden prever en defecto de normativa sectorial específica<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Sobre la flexibilización de la reserva de ley en tales ámbitos, MUÑOZ MACHADO, S. (2015: 289 y ss.); VELASCO CABALLERO, F. (2009: 275 y ss.); ORTEGA BERNARDO, J. (2014: 110 y ss.). Para el estatuto de la propiedad del suelo *vid.*, ya antes, BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (1991: 138 y ss.).

<sup>39</sup> *Vid.* MUÑOZ MACHADO, S. (2015: 295-298); VELASCO CABALLERO, F. (2009: 258-259).

<sup>40</sup> El art. 25 de la LRJSP dispone ahora que «la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley [...] y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril», Reguladora de las Bases de Régimen Local, mientras que el art. 27 de LRJSP añade que sólo constituyen infracciones las vulneraciones del ordenamiento previstas como tales por una Ley «sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril». En realidad, no es sólo sin perjuicio de lo previsto en la LBRL, sino de lo eventualmente dispuesto en cualquier otra ley sectorial (autonómica o estatal).

<sup>41</sup> Sobre el tema, me remito a mis trabajos citados en la bibliografía, y a las obras que cito en ellos.

#### 4.2. Los argumentos esgrimidos para flexibilizar (aún más) la reserva de ley y su falta de consistencia

Los argumentos utilizados para flexibilizar (aún más) la reserva de ley en tales ámbitos son de sobra conocidos: fundamentalmente, la legitimación democrática directa del órgano que aprueba las ordenanzas y el principio de autonomía local constitucionalmente garantizado<sup>42</sup>. A mí no me convencen y, en mi opinión, ninguno de ellos permite respaldar la solución a la que se ha llegado, sobre todo en el ámbito sancionador.

No puede discutirse que el órgano que aprueba las ordenanzas municipales no es equiparable, dado su carácter representativo y la legitimación democrática directa de quienes lo forman, con los órganos que tienen atribuida la potestad reglamentaria en el ámbito autonómico y estatal. Las ordenanzas, por esa razón y por el mayor campo de acción en el que necesariamente han de desenvolverse como consecuencia de la autonomía local, tampoco son del todo comparables a los reglamentos gubernativos. Pero los plenos de los Ayuntamientos tampoco son equiparables a los Parlamentos ni las ordenanzas a las leyes.

Las ordenanzas municipales, a pesar de emanar de un órgano elegido democráticamente como las leyes, poco tienen que ver con ellas. El procedimiento de elaboración no es el mismo, la posibilidad de conocimiento por los ciudadanos tampoco y, desde luego, la voluntad popular que expresa el órgano que aprueba las ordenanzas y las leyes no tiene parangón<sup>43</sup>. Las ordenanzas no pueden equipararse a las leyes porque no son expresión de un pueblo en el sentido en que se utiliza esta expresión desde el prisma del principio democrático. Como se ha señalado, el concepto constitucional de democracia se refiere al pueblo y al parlamento que lo representa (que en los Estados federales también pueden ser los parlamentos de los Estados o de las CC.AA.), pues de ese modo se garantiza que sus decisiones representen una colectividad amplia y determinada con arreglo a unas características generales, lo que evita intereses sectoriales, locales o de grupo y garantiza una cierta distancia, objetividad o imparcialidad en el órgano que adopta las decisiones, lo que constituye una forma de proteger al ciudadano, razón por la cual deben desecharse planteamientos como los que consideran que cualquier norma que proceda de un órgano colegiado elegido democráticamente se encuentra tan legitimada como una ley y debería ser apta para regular la materias reservadas a la misma<sup>44</sup>. El preámbulo de nuestra CE es claro cuando declara que sólo la ley es expresión de la voluntad popular.

Tampoco está justificada la equiparación desde el punto de vista del fundamento actual de las reservas de ley, pues, aunque con carácter general se entienda que reside en el procedimiento de elaboración de la norma, el cual asegura la transparencia y la publicidad, el debate y una participación amplia y plural donde se respetan las minorías, no debe perderse de vista el órgano al que la CE atribuye la aprobación de las normas con rango de ley idóneas para cumplir la reserva constitucional. Y es que, en rigor, la CE no ha querido que la reserva de ley se cumpla por cualquier norma aprobada por un órgano con legitimación democrática directa o que siga un procedimiento público y plural, sino por quienes pueden aprobar leyes (los parlamentos) o normas con rango de ley (el Gobierno y los ejecutivos autonómicos).

El segundo argumento que se utiliza es el de la autonomía local constitucionalmente garantizada. Pero, como ya se ha señalado, en puridad, a lo que el principio constitucional de autonomía local conduce, en perjuicio del legislador autonómico o estatal, es a la necesidad de que las ordenanzas cuenten con un amplio campo de regulación en aquellos ámbitos en los que dicha autonomía está realmente presente, lo que se traduce en que la relación (en lo que a la densidad normativa se refiere) entre las leyes y las ordenanzas municipales sea diferente a la existente entre la ley y los reglamentos estatales o autonómicos. Si en los asuntos

---

<sup>42</sup> Respecto de las sanciones también se ha utilizado el argumento histórico: la tipificación de infracciones y sanciones en las ordenanzas, se afirma, es tan antigua como los propios Municipios. *Vid.* el dictamen del Consejo de Estado de 23 de febrero de 1995. En la doctrina, NIETO GARCÍA, A. (2012: 85). El argumento histórico o de presunción de continuidad constituye uno de los tipos de razonamiento utilizado por los juristas para interpretar los textos legales, pero no puede ser empleado para contradecirlos. En el caso que nos ocupa no es de aplicación porque la modificación que la CE ha llevado a cabo respecto de la regulación anterior es clara al exigir una reserva de ley en la materia. Además, conduciría al absurdo, no ya sólo en el ámbito local sino también en el estatal, de admitir que los simples reglamentos gubernativos tipifiquen infracciones y sanciones ya que esa ha sido la tradición histórica en la materia.

<sup>43</sup> Como dijo hace años FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1995: 223-224) es cierto que las ordenanzas son normas aprobadas «por órganos representativas de la voluntad popular, pero habría que preguntar de la voluntad popular ¿de qué? Porque no parece que los vecinos de un Municipio cuando eligen a sus ediles tengan una efectiva voluntad de confiarles la protección y custodia de sus vidas, haciendas y libertades, que es precisamente la materia propia de las Leyes. (...) De Isonomía, más que de democracia, se habló en la Grecia clásica al referirse a las Leyes». A lo que añade que «ocho mil voluntades generales equivalen a una voluntad general por cada 4.500 españoles, niños incluidos. ¡Demasiadas voluntades y demasiado poco generales!».

<sup>44</sup> HUERGO LORA, A. (2007: 374).

de interés municipal, para cuya gestión los Municipios gozan de autonomía, las leyes llevaran a cabo una regulación tan completa o agotadora como la que pueden realizar en las materias en las que dicho interés no está presente, la autonomía municipal quedaría vacía de contenido y no podría hablarse realmente de tal.

Por eso llevan razón quienes afirman que la potestad de ordenanza no puede ser considerada como una mera potestad de ejecución de las leyes o como una potestad reglamentaria general sin ninguna característica especial<sup>45</sup>. Pero esto, a lo que conduce, realmente, es a que las leyes no puedan contener una regulación completa y acabada cuando está presente el interés local, lo cual, en efecto, ni puede hacerse ni es necesario que se haga porque, en realidad, las reservas de ley no son absolutas y ya están moduladas o flexibilizadas.

Además, la (mayor) modulación de la reserva en tales ámbitos no deja de plantear problemas. Por ejemplo: ¿es un mandato o una permisión? Es decir, es algo obligado para el legislador o es una simple opción que puede desconocer. Si se quiere ser coherente con los argumentos que llevan a esa mayor relajación, el legislador no debería gozar de poder de disposición para modular o no la reserva, sino que debería respetar siempre esa necesidad de mayor flexibilización. Sin embargo, no es eso lo que hacen muchas leyes. Baste ver la extensa regulación de los tributos locales en el Texto refundido de Ley de Haciendas Locales (cuyos arts. 61 y ss. prevén casi todo en relación al hecho imponible, exenciones, sujeto pasivo, base imponible y liquidable, cuota y tipo de gravamen del Impuesto de Bienes Inmuebles, del de Actividades Económicas y del de Vehículos de Tracción Mecánica) o lo que ha hecho recientemente en el ámbito sancionador la Ley de Seguridad Ciudadana, cuyo art. 32.3 dispone que «las ordenanzas municipales podrán introducir especificaciones o graduaciones en el cuadro de las infracciones y sanciones tipificadas en esta ley»<sup>46</sup>.

#### 4.3. La flexibilización de la reserva de ley en el ámbito sancionador y su carácter innecesario

Como es de sobra conocido, nuestro ordenamiento jurídico prevé diferentes clases de reserva de ley, no todas con el mismo alcance y extensión. Pero todas ellas, salvo quizá la prevista para el ámbito penal, son relativas o flexibles, por lo que, según la interpretación que de ellas se ha hecho, permiten la colaboración del reglamento en la regulación de la propia materia reservada. En algunos ámbitos, las reservas de ley son incluso muy dúctiles y limitadas, lo que permite la existencia de reglamentos que no se limitan simplemente a ejecutar y desarrollar la ley, y explica, en buena medida, el que más del 90 % de las normas escritas de nuestro ordenamiento sean de carácter reglamentario. Por eso, en mi opinión, la mayor flexibilización aun de la reserva de ley en algunos ámbitos, en particular en el ámbito sancionador, en el que se ha desfigurado por completo, ni está justificada ni era necesaria para garantizar la autonomía local.

No está justificada por la debilidad de los argumentos en que se apoya para ello y, además, porque, vulnerando la regla de la ponderación que a veces se esgrime, sacrifica en exceso los bienes y valores que subyacen en la reserva de ley sin obtener una correlativa satisfacción de la autonomía local. Y resulta innecesaria porque, aunque efectivamente la autonomía local exige que en los asuntos de interés local las ordenanzas cuenten con un amplio campo de regulación, en el ámbito sancionador eso quedaba garantizado con la técnica de las normas sancionadoras en blanco y con la utilización en los tipos de infracción de conceptos jurídicos indeterminados, que hacen perfectamente compatible la autonomía local con la reserva de ley<sup>47</sup>.

El caso de las leyes sancionadoras en blanco es claro. Como se sabe, se trata de leyes sancionadoras cuyo supuesto de hecho o parte del mismo se encuentra en una norma (reglamentaria) distinta que establece mandatos y prohibiciones pero no tiene carácter sancionador. El recurso generalizado a ellas en el ámbito local estaría justificado por la especial relación de la ley y las ordenanzas que deriva del principio de autonomía local, esto es, por la referida circunstancia de que las ordenanzas no se pueden limitar a desarrollar o ejecutar la ley, sino que deben poder establecer disposiciones con menos ataduras y más completas y acabadas en los ámbitos de interés local.

El contenido material mínimo de la ley debería traducirse, al menos, en una descripción precisa del comportamiento reputado ilícito, lo cual entronca ya con la vertiente material del principio de legalidad (ti-

<sup>45</sup> NIETO GARCÍA, A. (2012: 290); CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2004: 135); MUÑOZ MACHADO, S. (2005: 1.472).

<sup>46</sup> *Vid.* la convincente crítica que hace a esta regulación, ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2019: 281 y ss.).

<sup>47</sup> Por eso, desde la perspectiva que sostiene que en los ámbitos reservados a la ley «el legislador puede remitirse al reglamento siempre que haya una causa objetiva que lo justifique», la mayor flexibilización aún de la reserva de ley en el ámbito sancionador tampoco era necesaria y, por tanto, no está justificada. Sobre la idoneidad de la remisión al reglamento siempre que haya una causa que lo justifique, BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (1991: 101); DOMÉNECH PASCUAL, G. (2006: 199).

picidad). Por ejemplo, incumplir las normas de conducta previstas en las ordenanzas sobre la ocupación y uso de los espacios públicos, sobre el uso de las vías públicas con vehículos de motor, sobre paradas y el estacionamientos de vehículos, el incumplimiento de los valores límites aplicables en materia de contaminación acústica, la degradación del entorno urbano, el comercio no autorizado etc., lo que el TC denomina «el desvalor de las conductas consideradas ilícitas». La ley también debería contener el modo en que dicho comportamiento afecta al bien jurídico protegido (que pongan en peligro la convivencia, que pongan en riesgo la seguridad vial, que dañen las infraestructuras y espacios públicos, que alteren el funcionamiento de los servicios públicos, que sean nocivas para el medio ambiente, etc.), así como la naturaleza y los límites de las sanciones que proceda imponer.

No bastaría, pues, con una previsión genérica y puramente formal de que constituye infracción administrativa el incumplimiento de cualesquiera normas de conducta contenidas en las ordenanzas municipales. Pero ese contenido mínimo, que se viene exigiendo cada vez de forma más laxa, y que en este caso está plenamente justificado, puede, sin merma alguna para la autonomía local, contemplarse perfectamente en las diferentes leyes (estatales o autonómicas) atributivas de competencias en cada sector o en la propia legislación general de régimen local.

Las ordenanzas municipales, dentro de los límites marcados por las leyes sectoriales o por la propia legislación de régimen local, regularían la materia en cuestión con plena autonomía y en atención a los diversos y heterogéneos intereses locales presentes en cada Municipio (tan diferentes entre sí), estableciendo de forma completa y detallada los distintos supuestos de hecho de las normas sancionadoras en blanco, concretando con precisión y claridad los conceptos jurídicos indeterminados previstos en las leyes y determinando, dentro de los límites legales establecidos, las concretas sanciones a imponer. De esta forma, el incumplimiento de los preceptos contenidos en las ordenanzas municipales encontrarían en la propia ley la adecuada reacción sancionadora, respetándose de este modo la reserva de ley y el principio de autonomía municipal<sup>48</sup>.

Ello permitiría, además, un trato más igualitario de todos los ciudadanos, así como un conocimiento más accesible a los destinatarios de las normas, pues es evidente que resulta más fácil y seguro para los ciudadanos que la tipificación de las infracciones y sanciones se encuentren en normas con rango de ley que en las innumerables y variadas ordenanzas que pueden aprobar nuestros más de ocho mil Municipios.

#### **4.4. El poder de ordenanza y la crisis de la ley**

Soy consciente de que muchas de las ideas que acabo de expresar están muy alejadas de la concepción hoy dominante sobre la autonomía local y de la idea de que el Municipio es la instancia en la que la democracia es más auténtica. Pero, como recientemente se ha señalado, con todas las salvedades que se quiera, «los Municipios no dejan de ser una instancia de dominación más sobre los ciudadanos: una pieza del entramado de estructuras públicas servida por políticos que son los últimos vasos capilares de los respectivos partidos y por funcionarios que en muy poco se diferencian de los que trabajan en instancias territorialmente superiores, y alimentada por los impuestos; son, en definitiva, instrumentos de poder sustancialmente idénticos a las provincias, las comunidades autónomas y el Estado»<sup>49</sup>.

En mi opinión, no resulta aceptable que las ordenanzas se consideren nulas de pleno derecho cuando falta en su procedimiento de elaboración un simple informe ministerial y, por el contrario, se considere que respetan la CE y el resto de la legalidad cuando restringen claramente la libertad de los ciudadanos sin una ley previa que expresamente lo autorice. Como tampoco me parece de recibo que, en los asuntos de interés local, la reserva de ley de las infracciones y sanciones que consagra el art. 25.1 de la CE se haya diluido por completo y, por mucho que ello se quiera revestir de una simple modulación o flexibilización, se considere cumplida con las vagas y genéricas previsiones de los arts. 139 y 140 de la LBRL que, en realidad, permiten a las ordenanzas municipales tipificar como infracción y castigar con multas de hasta 3.000 euros cualquier comportamiento imaginable.

<sup>48</sup> Como señaló HUERGO LORA, A. (2007: 376-377), es cierto que los problemas prácticos que aducen para justificar que las ordenanzas puedan tipificar infracciones y sanciones, como la necesidad de proteger a los vecinos contra el ruido, garantizar la convivencia vecinal, etc., «son problemas absolutamente reales y necesitados de soluciones urgentes y eficaces pero no apuntan tanto a la necesidad de reconocer ese poder a las ordenanzas cuanto a la urgencia de corregir la desidia de los legisladores, sobre todo los autonómicos, que deberían regular esas materias y enmarcar la actuación de los Ayuntamientos».

<sup>49</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2014: 146).

Creo, en definitiva, que la expansión del poder normativo local es una muestra más de la actual crisis de la ley, que no sólo se manifiesta en la hipertrofia legislativa, en la volatilidad y progresiva pérdida de la fuerza y eficacia de la ley, o en su utilización con fines simbólicos o propagandísticos, sino también, y sobre todo, en el desconocimiento de la mayor parte de los rasgos o propiedades que tradicionalmente se le han atribuido, pues nuestras leyes ya no son emanación del soberano, sino de las más diversificadas y variopintas instancias de poder (globales, supranacionales, regionales, locales, sociales), ya no constituyen la expresión un órgano legislativo o de otro equiparable, sino producto muchas veces de un auténtico «mercado de las leyes», ni gozan de las características formales de la generalidad y la abstracción ni, en fin, constituyen ya las únicas normas que determinan y afectan a los derechos básicos de libertad y propiedad o imponen las cargas a los ciudadanos<sup>50</sup>.

Frente a la atomización del ordenamiento actual, y desde la perspectiva de la igualdad de los ciudadanos y de la necesaria seguridad y previsibilidad del Derecho por parte de todos, desde cuya óptica también hay que analizar la cuestión del poder normativo local, la conclusión debe ser otra bien distinta a la que se está imponiendo en la actualidad: *menos ordenanzas y más ley*.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2019): “Las ordenanzas de convivencia y su relación con la Ley de seguridad ciudadana: quién desplaza a quién”, en *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 57, págs. 281-309. DOI: <https://doi.org/10.36402/regap.v1i57.15>.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (1991): *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria: remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Civitas.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2011): “La ordenación de las normas reguladoras del régimen local”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, págs. 643-716. Madrid: lustel. 3.<sup>a</sup> ed.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2018): “La potestad reglamentaria”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II. Artículo 66 a Disposición final, págs. 393-401. Madrid: Boletín Oficial del Estado BOE, Fundación Wolters Kluwer.
- BELADIEZ ROJO, M. (2000): “La vinculación de la Administración al Derecho”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 153, págs. 315-349. URL: <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=151&IDA=24338>.
- BELLO PAREDES, S. A. (2002): *Las ordenanzas locales en el vigente Derecho español: alcance y articulación con la normativa estatal y autonómica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- BLASCO DÍAZ, J. L. (2001): *Ordenanza municipal y ley*. Madrid: Marcial Pons.
- CANO CAMPOS, T. (2006): *Los Ayuntamientos y el tráfico*. Madrid: lustel.
- CANO CAMPOS, T. (2014): *Las sanciones de tráfico*. Cizur Menor, Navarra: Aranzadi. 2.<sup>a</sup> ed.
- CARRO FERNÁNDEZ VALAMAYOR, J. L. (2004): “Sobre la potestad sancionadora municipal”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 6, págs. 131-142. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/162>.
- CASADO CASADO, L. (2007): “La potestad normativa local en materia de contaminación odorífera: la ampliación de las posibilidades de actuación municipal a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo STS de 26 de julio de 2006”, en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 12, págs. 151-167.
- CASINO RUBIO, M. (2013): “La vida exagerada de las ordenanzas municipales de convivencia ciudadana”, en *Seminari de Dret Local*. Barcelona, del 05 de octubre de 2012 al 14 de junio de 2013, 6.<sup>a</sup> Sesión 15 de marzo de 2013. Barcelona: Federació de Municipis de Catalunya. URL: [http://formacio.fmc.cat/09/fitxers/publicacions/2012/SDL\\_12-13.pdf](http://formacio.fmc.cat/09/fitxers/publicacions/2012/SDL_12-13.pdf).
- CIDONCHA MARTÍN, A. (2017): “La garantía constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 45, págs. 12-100.
- DOMENECH PASCUAL, G. (2006): *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- EMBED IRUJO, A. (2010): “Ordenanzas y reglamentos municipales”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, págs. 717-778. Madrid: lustel. 3.<sup>a</sup> ed.
- EMBED TELLO, A. E. (2010): *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*. Madrid: lustel.
- FERNÁNDEZ FARRÉRES, G. (2011): “La potestad local en autoorganización: contenido y límites”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, págs. 1.467-1.495. Madrid: lustel. 3.<sup>a</sup> ed.

<sup>50</sup> LAPORTA SAN MIGUEL, F. J. (2007: 157 y ss.).

- FERNANDEZ-MIRANDA FERNÁNDEZ-MIRANDA, J. (2015): “El principio de legalidad, la vinculación negativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria local”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 196, págs. 229-269. URL: <https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/40088>.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1995): “La potestad reglamentaria de las Corporaciones Locales”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 29, págs. 203-226.
- FERRER BELTRÁN, JORDI y RODRÍGUEZ, J. L. (2011): *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Marcial Pons.
- GALÁN GALÁN, A. (2000): *La carta municipal de Barcelona y el ordenamiento local*. Madrid: Marcial Pons.
- GALÁN GALÁN, A. (2001): *La potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier.
- GALÁN GALÁN, A. (2010): “La consolidación del principio de vinculación negativa en el ámbito local”, en *Revista CEMCI (Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional)*, núm. 8, págs. 1-27. URL: <https://revista.cemci.org/numero-8/pdf/articulo2.pdf>.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2017): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. Cizur Menor, Navarra: Civitas, Thomson Reuters.
- GUASTINI, R. (2010): *Le fonti del Diritto. Fondamenti teorici*. Milano: Giuffrè.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A. (2018): “El régimen jurídico de la convivencia y de la protección de espacio público”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 51, págs. 65-108.
- HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas*. Madrid: lustel.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2005): “Potestad normativa municipal y convivencia ciudadana”, en *Anuario de Gobierno Local 2005*, págs. 27-90. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/535>.
- LAPORTA SAN MIGUEL, F. J. (2007): *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- MARTÍN REBOLLO, L. y ALEGRE ÁVILA, J. M. (2017): “Las competencias locales en la STC 41/2014, de 3 de marzo”, en PAREJO ALFONSO, L. J. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.): *Los retos del Estado y la Administración del Siglo XXI. Libro homenaje al profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Tomo II, págs. 2.015-2.043. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MELERO ALONSO, E. (2016): “Las ordenanzas locales como instrumento de exclusión social: la regulación que afecta a las personas sin hogar es derecho administrativo del enemigo”, en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 6, págs. 7-26. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10384>.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2005): “Ordenanzas locales (delimitación constitucional)”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Diccionario de Derecho Administrativo*, Tomo II. H-Z, págs. 1.738-1.744. Madrid, lustel.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo VII. El Reglamento. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (BOE).
- NIETO GARCÍA, A. (2015): *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos. 5.ª ed.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2014): *Derechos fundamentales y ordenanzas locales*. Madrid: Marcial Pons.
- PEMÁN GAVÍN, J. M.ª (2007): “Ordenanzas municipales y convivencia ciudadana. Reflexiones a propósito de la Ordenanza de Civismo de Barcelona”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 305, págs. 12 y ss. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi305.9356>.
- PINO, G. (2010): *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino.
- PAREJO ALFONSO, L. (1998): *La potestad normativa local*. Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, L. (2011): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch. 4.ª ed.
- REBOLLO PUIG, M. (1991): “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 125, págs. 7-163.
- REBOLLO PUIG, M. (2019): “La potestad reglamentaria”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. J. (dirs.): *Derecho Administrativo*, Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización, págs. 223-266. Madrid: Tecnos. 4.ª ed.
- REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (2007): “Artículo 84”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Tomo II. Artículos 46 a 88. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SANCHEZ GOYANES, E. (2000): *La potestad normativa del Municipio español. Ordenanzas, reglamentos, planes urbanísticos, normas*. Madrid: El Consultor.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1991): *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Ceura.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2014): “El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.): *La reforma de 2013 del Régimen Local Español*, págs. 139-156. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2018): *Principios de Derecho Administrativo General*, Tomo I. Madrid: lustel. 5.ª ed.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D. y MORAL SORIANO, L. (2003): “Ordenanzas locales, reserva de ley y reservas democráticas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de mayo de 2003”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 3, págs. 120-130. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/82>.
- SERRANO PASCUAL, A. (2003): “El sistema de fuentes de las entidades locales (I)”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 2, págs. 7-41. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/38>.

- SERRANO PASCUAL, A. (2003): “El sistema de fuentes de las entidades locales (II)”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 3, págs. 27-55. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/77>.
- VELASCO CABALLERO, F. (2009): *Derecho local. Sistema de fuentes*. Madrid: Marcial Pons.
- VELASCO CABALLERO, F. (2013): “Títulos competenciales y garantía constitucional de autonomía local en la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.): *La reforma de 2013 del Régimen Local Español*, págs. 75-136. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- VELASCO CABALLERO, F. (2019): “Elaboración de ordenanzas y Ley de Procedimiento Administrativo Común”, en *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP). Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 113, págs. 299-349. URL: <https://www.euskadi.eus/t59auUdaWar/t59aMostrarFicheroServlet?R01HNoPortal=true&t59aldRevista=2&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=38&t59aContenido=9&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=113>.



## Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable

### *Local autonomy and legal supervision. An unstable balance*

Manuel Rebollo Puig  
Universidad de Córdoba (España)  
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4803-7967>  
[manuel.rebollo.puig@uco.es](mailto:manuel.rebollo.puig@uco.es)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba desde 1994. Líneas de investigación: Fuentes del Derecho, organización, actividad, medios y control de la Administración pública, Derecho Administrativo sancionador.

---

#### RESUMEN

La autonomía local es compatible con potestades de control otorgadas por las leyes a las Administraciones estatal y autonómicas. Pero ello, dentro de ciertos límites que se derivan de la misma consagración de la autonomía. Se exponen las líneas maestras de esos límites y cómo han ido evolucionando en los últimos años hasta llegar a la situación actual que parece a la búsqueda de un nuevo equilibrio. En concreto, se estudia la solución que a este respecto ofreció la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. Con ese marco, se analizan los rasgos esenciales de las principales técnicas que canalizan ese control y los problemas que plantean. En especial, la anulación y suspensión de los actos locales; la subrogación; y las autorizaciones y aprobaciones. También otras fórmulas alternativas y complementarias. Finalmente, se ensaya una reconstrucción general de la tutela sobre la base de la Carta Europea de la Autonomía Local.

#### PALABRAS CLAVE

Autonomía local; control administrativo; tutela.

---

#### ABSTRACT

Local autonomy is compatible with the existence upon it of control powers of the State and the regional administrations conferred by the law. But only within certain limits derived from the legal recognition of the local autonomy itself. This paper exposes those limits and how they have evolved in recent years seeking a new balance. Specifically, it analyses the standpoint provided by the Law establishing the Basic Regulation of Local Government. Within this framework, it examines the main control techniques and the problems that they pose, focusing on the annulment and suspension of the local administrative acts, the subrogation and the authorizations and approvals. Along with those main control techniques, others alternatives and complementary techniques are analyzed as well. Finally, a general rebuilding of the concept of tutelage is proposed on the basis of European Charter of Local Self-Government.

#### KEYWORDS

Local autonomy; administrative control; legal supervision.

#### SUMARIO

1. AUTONOMÍA LOCAL, ADMINISTRACIÓN BAJO LA PROPIA RESPONSABILIDAD Y TUTELA.
2. EL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA TUTELA. A) LA TUTELA EN LA LEGISLACIÓN

PRECONSTITUCIONAL. B) AUTONOMÍA LOCAL Y TUTELA SEGÚN EL PRIMER LEGISLADOR POSTCONSTITUCIONAL. C) AUTONOMÍA LOCAL Y TUTELA SEGÚN LAS SSTC 4 Y 14/1981. D) LA SITUACIÓN RESULTANTE QUE RIGIÓ LA ACTUACIÓN DE LAS PRIMERAS CORPORACIONES LOCALES DEMOCRÁTICAS. 3. LOS CONTROLES SOBRE LOS ENTES LOCALES SEGÚN LA LEY REGULADORA DE LAS BASES DE RÉGIMEN LOCAL. A) LA CONSTRUCCIÓN (O DECONSTRUCCIÓN) DEL PREÁMBULO DE LA LRBRL. B) LOS MEDIOS DE CONTROL EN EL ARTICULADO DE LA LRBRL: LO QUE APARECE Y LO QUE NO APARECE. C) BALANCE GENERAL: LA DOMINANTE JUDICIALIZACIÓN. D) EXPLICACIONES COMPLEMENTARIAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE CONTROL EN LA LRBRL. a) Los requerimientos previos no son técnicas de control o tutela. b) Potestad de control, no mera legitimación procesal. c) Quedan al margen las competencias delegadas y las de gestión ordinaria de los servicios autonómicos. d) Competencias de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas. 4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL INICIAL SOBRE EL SIGNIFICADO Y VALOR DE LA LRBRL EN CUANTO A LOS MEDIOS DE CONTROL. 5. EL ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR: LA LRBRL ES UNA LEY BÁSICA QUE VINCULA A LAS LEYES AUTONÓMICAS PERO NO A LAS ESTATALES. A) LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL INAUGURADA CON LA STC 240/2006: LA LIBERACIÓN DEL LEGISLADOR ESTATAL DEL SOMETIMIENTO A LA LRBRL. B) SOMETIMIENTO ESTRICTO DE LAS LEYES AUTONÓMICAS A LOS MEDIOS DE CONTROL DE LA LRBRL. 6. MATIZACIONES AL CUADRO RÍGIDO DE LA LRBRL Y VÁLVULAS DE ESCAPE. A) PLANTEAMIENTO. B) AUTORIZACIONES, APROBACIONES Y SIMILARES. a) Existencia de autorizaciones y aprobaciones estatales y autonómicas como medios de control. b) Fórmulas que eventualmente pueden canalizar controles equivalentes: procedimientos bifásicos e informes vinculantes. c) ¿Pueden las leyes autonómicas prever autorizaciones o aprobaciones de este género?. C) SUSPENSIONES ADMINISTRATIVAS DE ACTOS LOCALES COMO MEDIDA PROVISIONAL PARA ASEGURAR LA EFICACIA DE FUTURAS DECISIONES ESTATALES O AUTONÓMICAS. D) DECISIONES ESTATALES O AUTONÓMICAS CONTRA LAS ACTUACIONES PRIVADAS ILEGALES AUNQUE CUENTEN CON AUTORIZACIONES LOCALES. E) RECURSOS CONTRA ACTOS LOCALES ANTE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS ESTATALES O AUTONÓMICOS. F) ¿EXIGENCIA DE QUE EL ENTE LOCAL TRAMITE LA REVISIÓN DE OFICIO DE SUS ACTOS?. G) SUBROGACIONES FUERA DEL RADIO DE LA LRBRL. H) ACTIVIDADES LOCALES SUBVENCIONADAS. I) SANCIONES A LAS ENTIDADES LOCALES. J) INFORMES PRECEPTIVOS NO VINCULANTES DE LAS ADMINISTRACIONES ESTATAL O AUTONÓMICA. 7. RECAPITULACIÓN Y APUNTES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ASENTADA EN LA CARTA EUROPEA DE LA AUTONOMÍA LOCAL.

## 1. AUTONOMÍA LOCAL, ADMINISTRACIÓN BAJO LA PROPIA RESPONSABILIDAD Y TUTELA<sup>1</sup>

La autonomía local que proclama la Constitución (arts. 137 y 140) tiene diversas vertientes. Impone de una parte dotar a las Administraciones locales de un cierto haz de competencias, como ha explicado antes el profesor Baño León. Comporta reconocerles las potestades superiores, como hace el artículo 4 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBRL); entre ellas, destacadamente la reglamentaria, según ha expuesto el profesor Cano Campos. También comprende el gobierno mediante órganos cuyos titulares son elegidos por la propia comunidad que subyace en el ente autónomo, esto es, autogobierno democrático, como nos explicará la profesora Díez Sastre. Y se relaciona con la suficiencia financiera y con una cierta potestad tributaria y de gasto, en los términos que ha desarrollado el profesor Martín Queralt. Pero, además, incluye lo que podemos llamar libre gestión de los entes locales o, como es más común decir, administración bajo su propia responsabilidad (es la expresión del art. 7.2 LRBRL y del art. 3.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local, en lo sucesivo, CEAL). Ésta es la faceta de la autonomía que aquí nos interesa. Y más concretamente trataré de exponer su configuración desde que se celebraron las primeras elecciones locales democráticas –hace ahora cuarenta años, que es lo que aquí conmemoramos– hasta hoy, cuatro decenios en los que esa configuración ha sufrido cambios.

Aclararé, por lo pronto, que la libertad de gestión que se predica es sólo y exclusivamente libertad frente a otras Administraciones. No, desde luego, libertad frente a la ley y el Derecho<sup>2</sup>. No, tampoco, exención del control

<sup>1</sup> Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad PGC2018-093760-B-I00. Grupo de investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. El texto es versión ampliada de la ponencia “El control de los entes locales por la Administración local y la autonómica” presentada en el Seminario “40 años de Régimen local democrático en España” celebrado del 24 de octubre de 2018 en el INAP, dirigido por el profesor BAÑO LEÓN y coordinado por la profesora ALARCÓN SOTOMAYOR.

<sup>2</sup> Al contrario: ni esta vertiente de la autonomía local ni ninguna otra afecta al pleno sometimiento a la ley y al Derecho de los entes locales; sometimiento en los mismos términos que todas las Administraciones y, por tanto, en algunos ámbitos (los que supongan

judicial o del parlamentario canalizado en su caso por sus comisionados como el Defensor del Pueblo (y equivalentes autonómicos) o el Tribunal de Cuentas (o sucedáneos autonómicos)<sup>3</sup>. Y que, aunque se hable de gestión bajo la propia responsabilidad, poco tiene que ver con la institución de la responsabilidad en sentido estricto<sup>4</sup>.

Centrados en esa libertad frente a otras Administraciones, hay que afirmar que no excluye por completo las intromisiones, injerencias o controles de esas otras Administraciones. La autonomía local –concretamente esa faceta de la libre gestión bajo su propia responsabilidad– tiende a su reducción, no a su total eliminación. Es compatible con esas intromisiones en cuanto estén justificadas por los principios de colaboración y de coordinación interadministrativas. Y, más allá de éstas, por otras que, según aquí se defenderá, tienen diverso fundamento y fin: las que se establecen al servicio de la unidad ordinal y de la legalidad<sup>5</sup>, y en beneficio, no predominantemente de la Administración estatal o autonómica (si acaso cabe decir en beneficio del Estado global) ni del ejercicio de sus concretas competencias, sino del interés general en abstracto y hasta del mismo ente descentralizado o, si se prefiere, de sus administrados frente a la lesiva gestión de las autoridades descentralizadas. Estas últimas intromisiones son las que me ocuparán.

Esas otras intromisiones se presentaban bajo el término de tutela. Y, aunque haya parecido una palabra maldita, ése es el término (y el concepto) que utilizaré. Fue desterrado del vocabulario legal y doctrinal cuando se proyectaba sobre los entes locales por peyorativo al evocar a la homónima institución que el Derecho Civil prevé para los incapaces<sup>6</sup>. En su lugar, aunque se propusieron otros términos (supervisión, fiscalización), se ha hecho común hablar simplemente de control administrativo<sup>7</sup>. Pero usaré el de tutela porque mantendré el concepto, y lo hago sin ningún afán de heterodoxia ni para dar gato por liebre. Son otras las razones que me llevan a esa opción. Primera, porque el término control administrativo, demasiado vago e inexpresivo, lleva a incluir en el mismo saco cosas diversas<sup>8</sup>. Segunda, porque en otros ámbitos se sigue hablando con normalidad de tutela<sup>9</sup>. Tercera, porque hasta en nuestra legislación local se ha rescatado el término tutela<sup>10</sup>. Y, cuarta, porque con la tutela como supraconcepto se puede realizar

---

restricciones a la libertad genérica de los ciudadanos) vinculación positiva a la ley. Es terminante M. SÁNCHEZ MORÓN (1990): *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*. Madrid: Civitas, pág. 180. Conste, sin embargo, que la idea contraria, la de una simple vinculación negativa a la ley de los municipios, se ha extendido en España. Pero es infundada y peligrosa. Aquí basta dejar claro que esa idea errónea nada tiene que ver con la libre gestión bajo la propia responsabilidad.

<sup>3</sup> J. L. RIVERO YSERN (2014): *Manual de Derecho local*. Madrid: Civitas. 7.ª ed., págs. 602-603.

<sup>4</sup> Sólo remotamente se relaciona con ella: si una Administración gestiona sus asuntos sin intromisiones de las otras, deberá responder política y jurídicamente (incluida la responsabilidad patrimonial) por su mala gestión; y las otras Administraciones sólo excepcionalmente, en función de las potestades de tutela que tengan, serán responsables política y hasta jurídicamente. Que cada palo aguante su vela. Pero la situación cambia si la Administración de tutela ha podido alterar el acto local o ha actuado por subrogación o disuelve la corporación y nombra una comisión gestora... Vid. L. MARTÍN REBOLLO (2006): "Cantabria", en *Informe Comunidades Autónomas*, págs. 289-294; T. FONT I LLOVET (2006): "Autonomía local y Estatutos: crónica de un compromiso", en *Anuario del Gobierno Local*, págs. 16-17; y M. ALMEIDA CERREDA (2008): "¿Es necesario un nuevo modelo de controles sobre los entes locales?", en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 6, págs. 220-221.

<sup>5</sup> L. COSCULLUELA MONTANER (1991): "El control de la acción administrativa municipal", en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*. Córdoba: Universidad de Córdoba, pág. 166.

<sup>6</sup> No sólo entre nosotros tras la Constitución. Hasta en Francia, donde contaba con gran tradición, el legislador quiso evitar la palabra. J. R. PARADA VÁZQUEZ (2007): *La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas, págs. 139-141; y del mismo PARADA (2015), "La Administración local en España", en M. LORA-TAMAYO VALLVÉ (dir.): *Manual de Derecho local*, págs. 57-60. Madrid: lustel. 3.ª ed. E incluso en el tardofranquismo, como se verá, la Ley 41/1975 la eliminó por peyorativa.

<sup>7</sup> L. COSCULLUELA MONTANER (2019): *Manual de Derecho Administrativo*. Cizur Menor (Navarra): Civitas. 30.ª ed., pág. 207: «tutela y control (...) quieren significar jurídicamente lo mismo, aunque en la actualidad para realizar la autonomía de los entes sometidos a estas técnicas, se prefiera el término control». Pero tampoco el término control sacia a los más radicales. De hecho, la redacción inicial de la LRBRL ni siquiera hablaba de control sino más asépticamente de «relaciones interadministrativas». Parece que «el término "control" (...) tiene una resonancia dirigista que, en último término, lo hace poco simpático al mismo concepto constitucional de autonomía», dice A. JIMÉNEZ-BLANCO (2011): "Las relaciones interadministrativas de supervisión y control", en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho municipal, I*. Madrid: lustel. 3.ª ed., pág. 589.

<sup>8</sup> Junto con otras variadas, entre ellas, y es lo que más me interesa diferenciar como se verá, las que son expresión más bien de la coordinación imperativa u obligatoria, que yo pretendo diferenciar de las de tutela propiamente dicha, aunque normalmente se confunden o hasta identifican.

<sup>9</sup> Así, en relación con los entes locales inframunicipales se habla con normalidad de tutela. Lo hace incluso el TC. Y aquí se da la singular circunstancia de que la Administración que ostenta potestades de tutela es el municipio. Vid. R. PIZARRO NEVADO (2002): *Las entidades de ámbito territorial inferior al Municipio*. Granada: CEMCI, págs. 204-205. Fuera del ámbito local, ejemplo sobresaliente es el de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, que está plagada de referencias explícitas a la tutela y a la «Administración tutelante». Y, por cierto, ya que esa Ley usa la expresión «Administración tutelante», permítasenos también que la utilicemos nosotros esporádicamente aunque no existe tal palabra malsonante en el Diccionario.

<sup>10</sup> La LRBRL, tras la reforma operada por la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, ya no tiene remilgos en hablar de tutela: hasta en cinco ocasiones habla de «tutela financiera» (arts. 7.4, 13.1, 26.2 y 116 bis, más DA 2.ª. 5 y

una construcción teórica capaz de explicar diversas realidades con un fondo común<sup>11</sup>. Por el contrario, ese juego del tabú, en el que hay que hablar de cosas sin llamarlas por su nombre, aunque aguza el ingenio, produce confusión. Por lo demás, para salvar los escrúpulos basta aclarar que, como tantos otros, el término tutela es anfibológico, que significa en Derecho público algo distinto de lo que significa en Derecho privado y no supone la incapacidad del ente sometido a tutela. Espero haberme hecho perdonar el empleo de la palabra tutela<sup>12</sup>.

La autonomía siempre se ha considerado compatible con la tutela. Es más, tradicionalmente se decía que la autonomía tenía como contrapartida natural la tutela, que la tutela era «un elemento más de la descentralización»<sup>13</sup>, la voz pasiva o la otra cara de la misma moneda<sup>14</sup>. Y, con ese u otro nombre, algo así como el «correlato» necesario de la autonomía<sup>15</sup>.

A partir de esa compatibilidad genérica, la cuestión era, y sigue siendo, de dosis ¿en qué medida es admisible y conveniente esa tutela? Como quiera que esa tutela se traduce en concretas potestades de unas Administraciones sobre otras y como el reconocimiento de esas potestades debe hacerse por ley<sup>16</sup>, lo que más concretamente hay que dilucidar es en qué medida las leyes pueden o hasta deben atribuir esas potestades; o, dicho de otra forma, a partir de qué punto son inaceptables o inconvenientes esas potestades, a partir de qué punto las leyes no pueden otorgarlas.

Desde este punto de vista las diferencias entre los diversos entes descentralizados son abismales: en un extremo están las Comunidades Autónomas respecto al Estado o, para ser más exactos, las Administraciones autonómicas respecto a la Administración del Estado; en el opuesto, los ordinarios entes institucionales respecto a su Administración matriz. Y en medio hay diversas situaciones: Corporaciones sectoriales, autoridades administrativas independientes, Universidades públicas, entidades locales sin garantía constitucional (por ejemplo, las entidades inframunicipales<sup>17</sup>), provincias y municipios.

6). Algo parecido ha pasado con la LHL: en la redacción actual del TRLHL hay varias alusiones a la «tutela financiera». Expresión, por lo demás, habitual en los Estatutos de Autonomía (ej., arts. 60.3 y 192.3 del andaluz). Y si se habla de tutela financiera no veo por qué no puede hablarse de tutela en general.

<sup>11</sup> Nuestro propio ordenamiento da base para ello y, de hecho, por ser un concepto general que vale para diversos entes locales, para universidades, corporaciones sectoriales, entes institucionales... nuestro ordenamiento alude inequívocamente a ella en las grandes leyes institucionales de Derecho Administrativo. Por ejemplo, el art. 39.2 LPAC dispone que la eficacia de los actos quedará demorada cuando esté supeditada a su aprobación superior, aunque ahí, junto con aprobaciones de tutela, quedan comprendidas las jerárquicas. También en relación con la tutela y con la jerarquía, el art. 52.4 LPAC permite la convalidación de los actos dictados sin la autorización previa mediante su otorgamiento posterior. En la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, su artículo 95 contenía otra regla interesante: «El silencio se entenderá positivo (...) cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de (...) tutela...». Es lástima, dicho sea de paso, que no exista ahora una norma similar que a veces se echa en falta. Y en el artículo 21.2 LJCA aparece una regla para identificar a la Administración demandada según la fiscalización haya alterado o no la actuación de la tutelada. En esa teoría general cabe incluir hasta lo que ahora se alude al hablar de las relaciones de instrumentalidad que son unas relaciones de tutela particularmente extensas e intensas.

<sup>12</sup> Por si acaso no es así, diré que aun milita en favor del término otra razón alguna vez invocada. F. GARRIDO FALLA (1950): *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*. Madrid: IEAL, pág. 178, justificaba su preferencia por la expresión tutela en que la de control era un galicismo. De hecho, sólo en 1970 la incluyó el *DRAE*. Vid. E. GIMÉNEZ I CORRIONS (2001): *Los controles administrativos sobre los entes locales*. Madrid: Marcial Pons, pág. 73.

<sup>13</sup> S. MUÑOZ MACHADO (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, t. XI. Madrid: BOE. 4.ª ed., pág. 311.

<sup>14</sup> Sobre la compatibilidad entre autonomía local y control de las Administraciones superiores en Francia, Italia y Alemania, así como en nuestro propio texto constitucional, vid. por todos L. PAREJO ALFONSO (1988): *Derecho básico de la Administración local*. Barcelona: Ariel, págs. 153-158. Aunque con matizaciones, E. GIMÉNEZ I CORRIONS (2001: 34-43).

<sup>15</sup> J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2005): «El régimen local alemán. Una introducción general», en *Anuario del Gobierno Local*, pág. 234; y del mismo CARRO (2007): «Una nueva reflexión sobre la autonomía municipal», en *Actas del II Congreso de la AEP-DA, La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y Profesionales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, pág. 37, que cita esa expresión como propia del Tribunal Constitucional alemán y precisamente en relación con la autonomía local.

<sup>16</sup> A este respecto rige el principio de legalidad como vinculación positiva a la ley de modo que cada Administración sólo tiene potestades para interferir en la actuación de otra organización pública si una ley se las otorga y en la medida en que se las otorga. Por tanto, no cabe la atribución de potestades de tutela o control por reglamento. Así lo explico en la obra codirigida con D. VERA (2019): *Derecho Administrativo*, I. Madrid: Tecnos, 4.ª ed., pág. 154. No se trata propiamente de una reserva de ley de modo que basta que la ley otorgue la potestad para, a partir de ahí, admitir una regulación reglamentaria más desenvuelta de la que cabe ante auténticas reservas de ley. Además, las potestades de tutela, a diferencia de las jerárquicas, son tasadas: no cabe su aplicación analógica y, por regla general, tampoco su interpretación extensiva. J. A. GARCÍA TREVIJANO (1957): *Principios jurídicos de la organización administrativa*. Madrid: IEP, pág. 214; y E. CARBONELL PORRAS (2019): «La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales», en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs.): *Derecho Administrativo*, I. Madrid: Tecnos, 4.ª ed., pág. 309.

<sup>17</sup> Ello, naturalmente, sólo en el caso de que tengan personalidad jurídica, lo que ahora, desde la Ley 27/2013, no siempre sucede. Si son sólo órganos desconcentrados no tiene sentido hablar de autonomía ni propiamente de tutela. Vid. R. PIZARRO NEVADO (2017): «Entidades y «entes» de ámbito territorial inferior al municipio tras la reforma local de 2013», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, Nueva época, núm. 8, págs. 66-69.

Lo que nos incumbe aquí es determinar en qué medida existe hoy tutela sobre los entes locales constitucionalizados (especialmente, sobre los municipios), si esa medida actual es la correcta y si es posible o incluso conveniente que los legisladores (el estatal y los regionales) la aumenten o la reduzcan.

Naturalmente los límites que se imponen a los legisladores en cuanto a su previsión de medios de tutela derivan ante todo de la Constitución, de su proclamación de la autonomía local. Comenzaremos, pues, por analizar qué ha supuesto esa proclamación constitucional (o qué se entendió que suponía) para la tutela. Pero advertamos ya que hay límites con otros fundamentos: los que se ha afirmado que derivan de la LRBRL y los que se deducen de la CEAL. De todos ellos nos ocuparemos sucesivamente.

## 2. EL IMPACTO DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA TUTELA

### A) La tutela en la legislación preconstitucional

Para comprender el alcance de los límites que la Constitución impuso al establecimiento legal de potestades de tutela hay que retroceder algo en el tiempo y describir la realidad jurídica sobre la que operó y sobre la que tanto el legislador como el Tribunal Constitucional proyectaron su entendimiento de la faceta de la autonomía que nos ocupa.

La legislación de régimen local franquista contenía casi todo el muestrario imaginable de técnicas de tutela. Y a ello se sumaban las que específicamente añadían con libertad las leyes sectoriales como las de sanidad, montes, urbanismo... Conste, no obstante, que de casi todas se encuentran precedentes ya en la legislación de régimen local del siglo XIX. Hagamos repaso somero de las formas de tutela que aparecían en el Texto Articulado y Refundido de la Ley de Régimen Local aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 (en lo sucesivo, LRL/55):

- Por lo pronto la LRL/55 disponía que «en las materias que la ley no confie expresamente a la exclusiva competencia de los Municipios y las Provincias, actuarán unos y otras bajo la dirección administrativa del Ministerio de Gobernación» (art. 7).
- Muchísimos acuerdos locales, en cuanto tuvieran alguna relevancia, necesitaban la autorización o aprobación estatal, empezando por las ordenanzas (art. 110; para las fiscales, art. 723) y los presupuestos (arts. 685, 700 y 701), así como los proyectos de obras (art. 132). Autorización necesitaban también muchos de los actos de disposición de bienes (arts. 189, 194.1, etc.). Pero la lista es mucho más larga<sup>18</sup>.
- Se permitía al Gobernador Civil suspender los acuerdos de los entes locales cuando superasen su competencia, constituyeran delito, fueran contrarios al orden público o comportaran infracción manifiesta de leyes, trasladando el expediente al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (art. 365).
- Había actos locales frente a los que cabía recurso de alzada (impropia) ante el Gobernador Civil (por ejemplo, las multas, art. 385).
- Los Gobernadores podían sancionar a los Alcaldes por falta de celo –y sin recurso contencioso-administrativo–, aunque sólo en cuanto a «las funciones delegadas por la Administración del Estado» (art. 419).
- Los Gobernadores podían suspender a los miembros de las Corporaciones locales por motivos graves de orden público, por mala conducta, negligencia grave o por haber sido procesados (arts. 417 y 421). En alguno de esos casos, podía incluso destituirlos (art. 421.2). Y todo ello sin recurso contencioso-administrativo (art. 421.3).
- El Consejo de Ministros podía decretar la disolución de los Ayuntamientos y Diputaciones «cuando su gestión resulte gravemente dañosa para los intereses generales o los de la respectiva Entidad local», con lo que debía nombrar una comisión gestora y convocar elecciones (arts. 422-424).
- Existía un denominado «régimen de tutela» para las Corporaciones con gestión económica calamitosa: el Ministro de la Gobernación confiaba la administración del ente local a una «Comisión gestora de tutela» formada por «funcionarios técnicos» (arts. 425 y 426).

<sup>18</sup> Por sólo citar un ejemplo sintomático, disponía el art. 306 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 1952: «Deberán respetarse las denominaciones religiosas, patrióticas o tradicionales de las calles, plazas, paseos, parques y conjuntos urbanos, y para introducir cualquier modificación en ellas, así como para la ejecución de acuerdos relativos a las mismas, se requerirá autorización expresa del Ministerio de la Gobernación». Y ya en otro orden de cosas, hasta para ausentarse por quince días el Alcalde requería licencia del Gobernador (art. 68).

- En concreto, se preveía un «régimen de tutela sanitaria» que, en caso de persistente desatención municipal de sus obligaciones mínimas sanitarias, declaraba el Ministro de la Gobernación y comportaba que órganos estatales pasaban a fijar y a administrar los fondos municipales destinados a los servicios sanitarios (art. 428).

Y al servicio de ello había una organización que tenía su nudo en el Gobernador Civil<sup>19</sup>.

No quiero dejar de apuntar que el mismo régimen político consideró en sus postrimerías que la tutela debía aligerarse. Se plasmó en la Ley 41/1975, de 19 de noviembre, de Bases del Estatuto de Régimen Local, esto es, un día antes de la muerte de Franco y sancionada ya por Juan Carlos aunque todavía como «Príncipe de España». Su preámbulo era elocuente y demuestra que muchos planteamientos luego dominantes ya se acogían. Permítaseme reproducir algún pasaje. Después de referirse a «la descentralización, como principio de organización administrativa» y a la consecuente «limitación del control estatal sobre los actos a cuestiones de legalidad, que no debe afectar a aspectos de pura conveniencia» (salvo excepciones), decía:

«La otra perspectiva de la descentralización autonómica que inspira esta Ley es la relativa al control que la Administración del Estado puede ejercer sobre los actos de las Entidades Locales. El principio general es que éstas actúan bajo su responsabilidad, y sus actos son impugnables en vía judicial, destacando los siguientes aspectos: a) Que el control se limite a la técnica y a la legalidad, salvo que una Ley disponga lo contrario; b) Que las autorizaciones o aprobaciones estatales sólo pueden imponerse en disposiciones del mismo rango.

No descienden las Bases a enumerar los instrumentos de control, porque es materia que queda reservada al Texto articulado, en el cual se determinarán, atendiendo a los distintos sectores, aquellos casos de verdadero control, y aquellos otros en que el Estado resuelve con acto único procedimientos iniciados ante las Entidades Locales.

Se suprime la utilización del vocablo “tutela”, con su sentido peyorativo, por estimar que las Entidades Locales han alcanzado mayoría de edad y suficiente madurez, estando sometidas en todos los ordenamientos a un control superior, pero respetuoso con su autonomía».

Con esos presupuestos la base 43, con el título “Funciones de la Administración del Estado en relación con las Entidades Locales”, establecía:

Uno. En la esfera de su competencia, las Entidades Locales actúan bajo su propia responsabilidad.

Dos. La Administración del Estado desempeña funciones de asesoramiento, asistencia, colaboración y coordinación respecto de las Entidades Locales.

Tres. Solamente por disposición con rango de Ley se podrán establecer autorizaciones o aprobaciones estatales, como requisito de eficacia de los acuerdos de las Entidades Locales, que deberán limitarse a aspectos técnicos y de legalidad, excepto que expresamente se disponga otra cosa en la Ley...

Pero los hechos, aunque en similar dirección, discurrieron por otros derroteros, con otros fundamentos.

## B) Autonomía local y tutela según el primer legislador postconstitucional

La Ley 47/1978, de 7 de octubre, inmediatamente anterior a la Constitución, derogó en gran parte la Ley 41/1975. Entre sus preceptos derogados estaba la transcrita base 43. Pero al mismo tiempo esa Ley añadía esto en su artículo 2:

<sup>19</sup> Al Gobernador Civil atribuía el art. 267 LRL/55 «vigilar la actuación y los servicios de las autoridades y Corporaciones locales, cuidando de que sus actos y acuerdos se adopten y ejecuten conforme a las leyes y demás disposiciones generales»; «suspender dichos actos y acuerdos cuando proceda, según los preceptos de esta Ley»; «Ejercer las funciones disciplinarias y protectoras que al Estado corresponden respecto a (...) las Entidades locales». Ocupaba también lugar relevante el Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales (arts. 344 a 360 LRL/55) que, además de una Jefatura Central, tenía Jefaturas Provinciales bajo la autoridad del Gobernador Civil. Se contaba, además, con la colaboración de los Secretarios e Interventores locales que, cada vez que se tomase un acuerdo con su advertencia de ilegalidad, debían remitirlo al Gobernador Civil (y, en su caso, además, al Delegado de Hacienda) en tres días (art. 413.4). Una visión general de este régimen en L. MORELL OCAÑA (1984): *La Administración local*. Madrid: Tecnos, págs. 151-157, que concluye: «... difícilmente se encuentran vacíos en esa influencia cotidiana por parte de la organización administrativa estatal. Si esta influencia no ha llegado a más es por la simple razón de la imposibilidad de una omnipresencia estatal diaria en los miles de municipios españoles».

«El Gobierno, a propuesta del Ministerio del Interior y respecto a los supuestos de competencia exclusiva de éste, podrá dejar sin efecto, con carácter general, los procedimientos de fiscalización, intervención y tutela que dicho Departamento ejerza sobre las Corporaciones Locales, cualquiera que sea el rango de la disposición que las hubiera establecido, con la excepción de los relativos a enajenación o cesión de bienes a particulares, desafectación de bienes demaniales y comunales y reconocimiento o declaración de derechos en favor de personas determinadas».

En virtud de esta habilitación deslegalizadora se aprobó –ya tras la Constitución y casi al mismo tiempo que se constituían las Corporaciones resultantes de las primeras elecciones democráticas cuyo cuadragésimo aniversario aquí conmemoramos– el RD 1.710/1979, de 16 de junio, «por el que se dejan sin efecto procedimientos de fiscalización, intervención y tutela del Ministerio de Administración Territorial sobre Entidades Locales en diversas materias y se dictan normas aclaratorias». El caso es que en su preámbulo no sólo se justificaba en la Ley 47/1978 sino también y primeramente en la Constitución: «La Constitución (...) ha decidido que las Entidades Locales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, por lo que el Gobierno debe suprimir todos aquellos procedimientos de fiscalización que no sean absolutamente necesarios para asegurar la coordinación...». No obstante, el propio RD afirmaba que era sólo un primer paso: «... se han seleccionado inicialmente aquellos que por su formulación más clara y por la agilidad que su supresión puede representar a la gestión de las Entidades Locales son susceptibles de ser dejados sin efecto de manera más inmediata, sin perjuicio de que posteriormente pueda estudiarse la conveniencia de establecer una nueva articulación...». Aun siendo sólo un primer paso, fue un gran primer paso. Son muchas las formas de tutela que se suprimieron y relativas a muy variados ámbitos: bienes patrimoniales (en general y, más en concreto, los del patrimonio municipal del suelo y forestal, así como adquisición de valores mobiliarios), servicios locales, subvenciones, honores y nombres de calles. Y respecto a las técnicas suprimidas, la mayoría eran aludidas como «autorizaciones» y otras, menos, como «aprobaciones». Pero también se eliminaron alguna presentada como «informe» o como «comprobación». Y junto a ello se liquidaron también algunos recursos de alzada (impropios).

El segundo gran paso lo dio el Real Decreto-ley 3/1981, de 16 de enero, aprobado siendo todavía Presidente del Gobierno Suárez. Decía en su preámbulo que, aunque había que promulgar «una Ley por la que se aprueben las bases del Régimen Local», resulta «conveniente abordar con carácter inmediato algunos problemas y cuestiones que demandan urgente solución. Con este propósito, el presente Real Decreto-ley introduce diversas modificaciones en la vigente legislación del Régimen Local, con el fin de dotar de mayor autonomía, agilidad y eficacia a las Corporaciones Locales. De acuerdo con estos criterios, se suprimen diversas autorizaciones, controles y aprobaciones que venía ejerciendo la Administración del Estado en materia de personal, presupuestos y régimen financiero y tributario de las Corporaciones Locales. Estas reformas permitirán una mayor celeridad en la resolución de los asuntos de las Entidades Locales». Este Decreto-ley fue convalidado el 25 de febrero de 1981 (esto es, inmediatamente después del Golpe del 23-F y un día antes de que asumiera la Presidencia del Gobierno Calvo-Sotelo). El Decreto-ley se tramitó como Ley dando lugar a la Ley 40/1981, de 27 de octubre. Disponía ésta en su artículo 5:

Uno. Quedan sin efecto los procedimientos de fiscalización, intervención y tutela que actualmente ejerce el Ministerio de Administración Territorial sobre las Corporaciones Locales en materia de personal propio de las mismas y, en particular, los siguientes: a) Aprobación de plantillas orgánicas y cuadros de puestos de trabajo y sus modificaciones; b) Creación de grupos, subgrupos y clases de funcionarios y clasificación de los mismos; c) Determinación del procedimiento para el ingreso en los subgrupos de Administración Especial; d) Nombramiento de funcionarios de empleo.

Dos. Los acuerdos de las Corporaciones que versen sobre las materias a que se refiere el número anterior deberán ser comunicados a la Administración del Estado y al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, en relación con las competencias que aquélla haya asumido, dentro del plazo de treinta días, a partir del siguiente a la fecha de su adopción.

Por otra parte, se preveía que los Presupuestos de las entidades locales eran aprobados por éstas sin intervención previa de la Administración del Estado. Sólo se imponía su comunicación posterior (art. 15) y el control del destino de los recursos procedentes del Estado (art. 17.3). En lo atinente a la imposición y

ordenación de tributos propios tampoco se establecía ningún control previo de la Administración estatal. No obstante, su artículo 26.1 mantenía el recurso ante el Tribunal Económico-Administrativo Provincial, órgano de la Administración del Estado.

Este desembarazo de controles administrativos se paliaba con la posibilidad de impugnar los acuerdos locales por la Administración del Estado que establecía el artículo 8:

Uno. Los actos y acuerdos de las Corporaciones Locales que constituyen infracción de las leyes y afecten directamente a materia de la competencia del Estado, podrán ser impugnados por esta Administración ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La impugnación producirá la suspensión del acto o acuerdo, pero el Tribunal deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a treinta días. El procedimiento será el establecido en el artículo 118 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La sentencia contendrá alguno de los fallos a que se refieren los artículos 81 y siguientes de la Ley mencionada.

Dos. Las Corporaciones Locales deberán remitir a la Administración del Estado un extracto de los actos y acuerdos adoptados por las mismas, dentro del plazo de los seis días siguientes a su adopción.

Tres. La facultad de impugnación a que se refiere el número uno del presente artículo deberá ejercerse dentro de los seis días siguientes al de la comunicación del acuerdo...

Lo que este artículo 8 atribuía a la Administración del Estado podía corresponder a las Administraciones autonómicas de conformidad con la disposición final quinta: «Las facultades de impugnación atribuidas por la presente Ley a la Administración del Estado, corresponderán a las Comunidades Autónomas, en relación con las competencias que hayan asumido y de acuerdo con lo establecido en sus respectivos Estatutos de Autonomía».

La supresión de controles tenía un carácter inmediato y se derogaban todas las normas contrarias a lo dispuesto en esta Ley. No obstante, se disponía que «el Gobierno, en el plazo de un mes, presentará una tabla de vigencias». Esa tabla de vigencias se aprobó por RD 3183/1981, de 29 de diciembre. Con su larga y minuciosa –y, según algunos autores, maximalista– lista de preceptos derogados (de la LRL/55, de sus reglamentos y de leyes sectoriales como la Ley del Suelo o de Montes) evidencia la relevancia transformadora de estas normas de 1981<sup>20</sup>.

En suma, el primer legislador postconstitucional (con el impulso de los Gobiernos de la UCD), incluso al margen de lo que simultáneamente declaró el TC, ya procedió a un notable desarme de la tutela y a judicializarla sustancialmente. Y ello se presentaba, no como una libre decisión política, sino como si derivara directamente de la Constitución. Al menos se conservaba que la impugnación contencioso-administrativa por la Administración estatal o autonómica suponía la suspensión de los actos recurridos en tanto no se pronunciase sobre ello el Tribunal.

### C) Autonomía local y tutela según las SSTC 4 y 14/1981

Casi inmediatamente después de aquél Decreto-Ley de 16 de enero de 1981 y antes incluso de su convalidación se dictó la STC 4/1981, de 2 de febrero que resolvió el recurso interpuesto contra numerosos preceptos de la legislación preconstitucional que consagraban técnicas de tutela. Esta STC (completada como luego se verá por la 14/1981) es capital porque fue dictada con el único canon de la propia Constitución, sin el aditamento de la LRRL de 1985. Y ello mantiene hoy grandísima importancia. Detenerse en ella está, pues, justificado: no es una mera referencia histórica y superada.

Partiendo de que «la autonomía es un concepto jurídico indeterminado que ofrece un margen de apreciación muy amplio» y de que «el principio de unidad y de la supremacía del interés de la nación» tiene como consecuencia que «el Estado quede colocado en una posición de superioridad (...) tanto en relación a las Comunidades Autónomas (...) como a los entes locales», su doctrina general sobre la tutela se sintetiza en estos pasajes:

<sup>20</sup> Entre otras cosas, y más allá de esa tabla de vigencias y de las SSTC de 1981, llevó al TS a entender derogado el artículo 186 de la LS de 1976 que permitía al Gobernador Civil, tras requerir infructuosamente al Alcalde, suspender licencias constitutivas de infracción urbanística grave y dar traslado inmediato al Tribunal para que resolviera sobre su validez. *Vid.* críticamente A. FANLO LORAS (1986): “La disminución de las medidas de protección de la legalidad urbanística: ¿está derogado el artículo 186 de la Ley del Suelo?”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 111, págs. 217-229.

«... el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las Entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales. En todo caso, los controles de carácter puntual habrán de referirse normalmente a supuestos en que el ejercicio de las competencias de la Entidad local incidan en intereses generales concurrentes con los propios de la Entidad...». «En cambio la autonomía garantizada por la Constitución quedaría afectada en los supuestos en que la decisión correspondiente a “la gestión de los intereses respectivos” fuera objeto de un control de oportunidad de forma tal que la toma de la decisión viniera a compartirse por otra Administración. Ello, naturalmente, salvo excepción que pueda fundamentarse en la propia Constitución...».

Pero tan relevantes como estas declaraciones generales son sus respuestas concretas a la impugnación de específicos preceptos. Aunque hizo una criba intensa en la que cayeron muchos preceptos, lo que más interesa aquí son sus aceptaciones de constitucionalidad de ciertas fórmulas de tutela. Recojo sólo algunas.

1. Consideró constitucional la *suspensión estatal de los acuerdos locales* como medida provisional hasta que decidiesen sobre ella los tribunales, ante los que había de impugnarse de inmediato. En concreto se trataba de las ordenanzas y reglamentos: según la regulación preconstitucional atacada, esas normas locales debían ser remitidas al Gobernador Civil; si éste no hacía «advertencia de ilegalidad» en 30 días, pasaban a ser ejecutivas; pero si en ese plazo el Gobernador advertía «infracciones legales», tales normas quedaban suspendidas hasta que resolviese el Tribunal. Para el TC esto «no puede calificarse de opuesto a la Constitución. La competencia atribuida al Gobernador en relación a las ordenanzas y reglamentos municipales se concreta en un control de legalidad de alcance limitado ya que la suspensión tiene carácter provisional hasta tanto decida la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

2. Para diversos supuestos admitió la constitucionalidad de *autorizaciones o aprobaciones* estatales. Así, aceptó la previa autorización estatal para municipalizar servicios en monopolio ya que tal municipalización «incide también de alguna manera en los intereses generales». Tampoco salió tocada la aprobación estatal de las Ordenanzas fiscales (pese a que ya podía entenderse suprimida por la Ley 40/1981, como confirmó después el RD 3.183/1981). Ni siquiera se consideró inconstitucional que pudiera denegarse tal aprobación por la «existencia de defectos de forma que hagan imprecisa la determinación de la base o de la obligación de contribuir» (que era lo directamente impugnado). Ello por ser un control de legalidad y «dado además que el poder tributario de las Corporaciones locales tiene carácter derivado de acuerdo con el art. 133.1 y 2 CE». En concreto, no detectó tacha en las distintas normas que preveían la aprobación por el Delegado de Hacienda de los presupuestos de las Corporaciones (pese a que esas normas podían entenderse derogadas por la Ley 40/1981, como confirmó después el RD 3.183/1981). Asimismo aceptó que las operaciones de crédito que superasen determinado porcentaje fijado por el Gobierno necesitaran autorización estatal. Lo hizo con este débil razonamiento:

«Para resolver el problema suscitado, debe tenerse en cuenta que, en relación con la materia de que se trata, la Constitución establece en su artículo 133.4, que, “las Administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes”. Según este precepto, la Constitución remite “en blanco” al legislador la posibilidad de limitar la asunción de obligaciones financieras por parte de las administraciones públicas entre las que, obviamente, están comprendidas las Entidades locales. En consecuencia, no puede afirmarse que la base citada se oponga a la Constitución al establecer determinados límites al posible endeudamiento de los entes locales, límites cuya determinación atribuye al Gobierno en función de la necesidad de una regulación unitaria y de las circunstancias cambiantes del interés público en materia económica».

No vio tampoco inconstitucionalidad en las normas que imponían aprobación estatal para la desafectación de bienes comunales, para la adjudicación de su aprovechamiento y para aprobar Ordenanzas sobre tales aprovechamientos basándose en la singularidad de esos bienes reflejada en la CE con este argumento: «Esta naturaleza jurídica peculiar, y el hecho de que la intervención prevista (...) se produzca –en definitiva– en garantía de los derechos de los vecinos, y (...) para controlar la procedencia de desafec-

tación de los bienes da lugar a que tales preceptos no puedan considerarse opuestos a la Constitución». Aquí ni siquiera aparece un interés supramunicipal, sino el de los vecinos, y no se contrae a un control de legalidad<sup>21</sup>.

Sobre todo quedó patente su admisión de algunas autorizaciones con control de oportunidad frente a «la autonomía económico-financiera de las Corporaciones Locales». La sentencia hace esta advertencia previa: «dadas las diversas fuentes que nutren las haciendas locales, así como su complementariedad, es aquí plenamente explicable la existencia de controles de legalidad, tanto en relación con la obtención y gestión de ingresos de carácter propio como con la utilización de los procedentes de otras fuentes». Y añade:

«...se plantea un tema clásico que es el relativo a la defensa del patrimonio del Estado o de los entes públicos frente a sus administradores, defensa que lleva a limitar los poderes de disposición de las Administraciones públicas, sujetándolas a *un control incluso de oportunidad* (...) Debe sostenerse que no es posible declarar –en abstracto– la inconstitucionalidad de la existencia de *controles que valoren incluso aspectos de oportunidad*, siempre que sea una medida proporcionada para la defensa del patrimonio como sucede en los actos de disposición. En los demás supuestos sólo será admisible la existencia de controles de legalidad».

Así consideró constitucional el precepto que exigía autorización del Ministerio para enajenar o gravar inmuebles de propios si su valor excede del 25 % del presupuesto anual de la Corporación. Y con similar base también declaró constitucional el precepto que exigía Decreto del Consejo de Ministros con audiencia del de Estado para hacer transacciones respecto a los derechos de la Hacienda local o para someter a árbitro contiendas sobre tales derechos.

En especial, para todo lo atinente a lo que podemos llamar el mapa municipal, consintió ampliamente este género de controles. En cuanto a las alteraciones de nombre y capitalidad de los municipios, consideró constitucional la necesaria aprobación del Consejo de Ministros. Para las Entidades Locales Menores aceptó la constitucionalidad de los preceptos que exigían la aprobación estatal de su creación, delimitación territorial y separación patrimonial, así como que el Consejo de Ministros pudiera acordar su modificación o disolución. Ello porque «no puede afirmarse que la creación, modificación o disolución de nuevas Entidades de carácter territorial afecte de modo exclusivo a la Entidad municipal en que se constituyen, ya que de algún modo incide en la distribución del poder sobre el territorio». En cuanto a las Mancomunidades de Municipios no vio óbice a la aprobación ministerial de los Estatutos en cuanto albergue un control de legalidad aunque sí consideró inconstitucional que tal aprobación se pudiera denegar en función de un «control de oportunidad genérico». Y en lo que se refiere a las Mancomunidades provinciales aceptó la constitucionalidad de su regulación (se refería a la establecida ya en 1977). En especial, admitió que los acuerdos de constitución y aprobación de Estatutos necesitaran aprobación del Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado y que el mismo Consejo de Ministros pudiera decretar su disolución «por razones de orden público o seguridad nacional». El TC dijo: «...debe hacerse notar que la existencia de control se justifica precisamente por el hecho de que la constitución de la Mancomunidad Provincial pueda incidir en otros intereses generales distintos de los propios de cada una de las provincias que la forman».

3. En lo atinente a la *tutela sobre órganos* hizo esta declaración general: debe «sostenerse la inconstitucionalidad de cualquier disposición que establezca la posibilidad de suspensión o destitución de los miembros de estas Corporaciones –o la disolución de la propia Corporación– por razón de la gestión inadecuada de los intereses peculiares de la Provincia o Municipio. En cambio la autonomía no se garantiza por la Constitución –como es obvio– para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la Nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la entidad, por lo que en estos supuestos la potestad del Estado no se puede declarar contraria a la Constitución, máxime cuando este principio de limitación de la autonomía se refleja de forma expresa en la propia Constitución –artículo 155– en relación a las Comunidades Autónomas». Con esa premisa se enfrentó a las técnicas concretas con estas dos consecuencias destacables:

- a) Aceptó que el Gobernador Civil pudiera suspender por 60 días a los miembros de la Corporación local por motivos graves de orden público. No que pudiera destituirlos en ningún caso; no que pudiera suspenderlos por «mala conducta o negligencia grave». Pero sí que los suspendiera por motivos graves de orden público.

<sup>21</sup> Críticamente L. MORELL OCAÑA (1984: 164-166).

- b) Respecto a la facultad del Consejo de Ministros de disolver Ayuntamientos y Diputaciones «cuando su gestión resulte gravemente dañosa para los intereses generales o los de la respectiva Entidad local» (con nombramiento de una comisión gestora y convocatoria de elecciones en seis meses), la consideró constitucional sólo en la primera parte, esto es, sólo cuando estuviera motivada por «gestión que resulte gravemente dañosa para los intereses generales».

Poco después, la STC 14/1981, de 29 de abril, introdujo un matiz con el que redujo mucho el ámbito del control de legalidad. Un Gobernador Civil había usado de la facultad que le confería el art. 365 LRL/55: suspender acuerdos locales que constituyan infracción manifiesta de las leyes con impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero lo había hecho frente a un acuerdo porque no se había respetado la regla que imponía que en los Plenos no se podían adoptar acuerdos que no constasen en la convocatoria con dos días de antelación. El órgano judicial planteó cuestión de inconstitucionalidad y esta STC dijo:

«La suspensión gubernativa de acuerdos municipales sin otra razón que el control de legalidad en materia que corresponda al ámbito competencial exclusivo de las Entidades Locales no es compatible con la autonomía, que hoy proclama el artículo 137 de la Constitución, porque entraña una tutela sin otro fundamento que la defensa de la legalidad ejercitable por una vía excepcional (...) Por el contrario, la suspensión en cuanto sirva a la defensa de competencias de la Administración del Estado u obedezca a corregir invasiones de ámbitos ajenos al municipal o se afecte materia que corresponde a aquella Administración no podrá decirse que entraña un atentado a la autonomía local (...) esta potestad no se justifica por la sola defensa de la legalidad (...) no se ajusta a la Constitución en cuanto se interprete como norma definidora de una facultad de suspensión de los acuerdos locales, sin otra finalidad que la de velar por la legalidad (...) En esta línea la solución de la cuestión es la de reducir las interpretaciones posibles ...».

Así que falló que el precepto legal en cuestión «no se ajusta a la Constitución en la parte en que permite que la facultad de suspensión de los acuerdos de las Corporaciones Locales proceda por la sola infracción manifiesta de las Leyes, sin la concurrencia de otra circunstancia, pero sí se ajusta a la Constitución interpretado en el sentido de que confiere una facultad gubernativa para suspender acuerdos que afecten a la competencia del Estado o excedan del límite de la competencia propia para la gestión de los intereses de la Entidad Local»<sup>22</sup>.

#### D) La situación resultante que rigió la actuación de las primeras Corporaciones locales democráticas

Con las dos referidas SSTC y, más aun, con las normas aprobadas, puede decirse que en 1981 se había desmantelado ya la amplia y vigorosa tutela construida por la legislación local preconstitucional. Ése fue el marco en el que se desarrollaron las Corporaciones locales surgidas de las primeras elecciones locales democráticas (que aquí conmemoramos) y de las resultantes de las elecciones de 1983. Un marco que para algunos había encontrado un razonable equilibrio entre autonomía local y control de las Administraciones superiores<sup>23</sup>. Pero que otros consideraban ya excesivamente laxo y débil, no sólo ni tanto por la radicalidad de algunos de los pronunciamientos del TC, sino porque entendían que la Ley 40/1981 arrasó innecesariamente con otras piezas clave que el TC había salvado ofreciendo como alternativa la inadecuada de la impugnación contencioso-administrativa<sup>24</sup>. Pero, incluso así, en 1985 el legislador decidió ir aun más lejos.

<sup>22</sup> Discrepo de esta doctrina, al menos en los términos absolutos con los que se formula, como se verá. Pero por ahora sólo pretendo describir la evolución.

<sup>23</sup> L. MORELL OCAÑA (1984: 161 y 173) que, en general, sí que entendía que el control debía ser judicializado con pocas excepciones.

<sup>24</sup> Por todos, *vid.* S. MUÑOZ MACHADO (2015: 316); y L. PAREJO ALFONSO (2011): «La autonomía local en la Constitución Española», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho municipal*. Madrid: Iustel. 3.ª ed., pág. 176, para quien ya la Ley 40/1981, partiendo de la falsa idea de la incompatibilidad entre autonomía y las técnicas de control gubernativo, produjo un «desmantelamiento prácticamente total de tales tutelas y controles, con práctica entrega de las relaciones de las Administraciones superiores con los entes locales al conflicto judicial».

### 3. LOS CONTROLES SOBRE LOS ENTES LOCALES SEGÚN LA LEY REGULADORA DE LAS BASES DEL RÉGIMEN

#### A) La construcción (o deconstrucción) del Preámbulo de la LRBRL

En esta situación se aprobó la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL). No sólo para comprender su regulación sino para entender el modo en que se interpretó por el TC es capital recordar lo que, en cuanto a lo que aquí nos ocupa, decía –y, claro está, sigue diciendo– su Preámbulo. La larga cita está justificada; no tiene desperdicio:

«Por lo que hace a las relaciones interadministrativas, salta a la vista la radical inadecuación del mantenimiento en el nuevo y compuesto Estado constitucional de las técnicas y las categorías cristalizadas en el Estado centralista y autoritario. En particular, ese juicio de radical obsolescencia merece predicarse de las técnicas formalizadas actuables por voluntad unilateral de una de las Administraciones e incidentes normalmente en la validez o la eficacia de los actos emanados de otra, en este sentido subordinada a la anterior, técnicas que no son sino trasunto y consecuencia lógicos de la construcción piramidal y jerárquica del poder público administrativo, puesto que la tutela, a la que todas ellas se reconducen, no es sino una categoría que expresa una situación de fuerte dependencia casi jerárquica. El principio constitucional de autonomía y el administrativo de la descentralización, en que se fundamenta el nuevo Estado, implican las diversificaciones de los centros del poder público administrativo y la actuación de cada uno de ellos, en su ámbito propio, con plena capacidad y bajo la propia responsabilidad, es decir, impiden la atribución a alguno de ellos de facultades de control que recaigan sobre la actividad en general de los otros y que supongan una limitación de la capacidad de éstos. Ciertamente que ello no significa en modo alguno la invertebración del poder público administrativo, pues simultáneamente juega el principio de unidad y su traducción administrativa en los de coordinación y eficacia. Sucede sólo que ya no es legítima la realización de estos valores por las vías expuestas; antes bien, ha de ser el resultado del juego mismo de la vida institucional desde sus presupuestos de representatividad democrática y gestión autónoma de las propias competencias (con lo que todas las instancias administrativas son idénticas en cuanto a capacidad en la esfera de sus asuntos, derivando la desigualdad únicamente de la estructura inherente al interés público) como fruto del esfuerzo permanente de integración político-social en el orden constituido. De este modo, las técnicas de relación entre Administraciones han de tener por objeto más bien la definición del marco y de los procedimientos que faciliten el encuentro y la comunicación, incluso de carácter informal, para la colaboración y la coordinación interadministrativas, fundamentalmente voluntarios y de base negociada. Naturalmente que el cuadro de técnicas ha de cerrarse por un sistema resolutorio del supuesto límite del conflicto, por fracaso de las mismas. La configuración de ese sistema de conflictos tiene que ser, a la vez, respetuosa con la esencial igualdad posicional de las Administraciones territoriales y aseguradora de que el planteamiento y la sustanciación del conflicto no alteran la específica estructura constitucional de los intereses públicos a los que sirven dichas Administraciones».

Así que, de un lado, descalificación general de los controles administrativos como si fueran expresión de una relación jerárquica incompatible con la autonomía local; y, de otro, exaltación de la coordinación voluntaria («fruto del esfuerzo permanente de integración político-social» y del «encuentro y la comunicación»). Sólo para el «supuesto límite del conflicto» se prevé un sistema resolutorio y, aun así, con «esencial igualdad posicional de las Administraciones territoriales».

#### B) Los medios de control en el articulado de la LRBRL: lo que aparece y lo que no aparece

Afortunadamente el articulado de la LRBRL no se correspondía en su totalidad con este planteamiento ingenuo y simplón, aunque a la moda<sup>25</sup>. Pero sí que responde en parte a él que, además, influyó poderosa-

<sup>25</sup> E. GIMÉNEZ I CORRIONS (2001: 35-36). A veces se le pretende justificar, con pobre excusa, como fruto de la coyuntura política y como reacción a la situación anterior. I. ORTEGA ÁLVAREZ (2003: 11); J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2007: 40). Hay que reconocer, al menos, que pese al planteamiento rabiosamente autonomías de la LRBRL en este punto, en el debate parlamentario varios grupos políticos lo tacharon de centralista contrario a la autonomía. Vid. J. L. RIVERO YSERN (2003: 526).

mente en su entendimiento por el TC. Su sistema de controles pivota sobre estos instrumentos enumerados por orden de aparición en la LRBRL<sup>26</sup>:

Primero, potestad de inspección. Más allá de un deber de información local sobre sus actos (art. 56.1, reforzado en el art. 64), donde se atribuye esta potestad es en el 56.2 LRBRL. Confiere concretamente la facultad de exigir la exhibición de expedientes y la emisión de informes explicativos. Pero no son nada más que dos ejemplos pues el precepto se refiere antes más ampliamente a la facultad de «recabar y obtener información concreta sobre la actividad municipal» (debería haber hablado también de la provincial y la insular). Sobre todo es interesante el fin amplio con el que otorga esta potestad: «con el fin de comprobar la efectividad, en su aplicación (...) de la legislación estatal y la autonómica».

Segundo, posibilidad de que las Administraciones superiores sustituyan (subrogación) a las locales ante la inactividad de éstas en los concretos supuestos y con las estrictas condiciones de su artículo 60.

Tercero, potestad de disolución de las entidades locales ante su gestión gravemente dañosa para los intereses generales, ello de forma muy restrictiva y rodeada de exigentes requisitos formales (art. 61).

Y, cuarto, legitimación de las Administraciones superiores para impugnar los acuerdos locales ante la jurisdicción contencioso-administrativa [art. 63.1.a)] con el régimen escalonado previsto en sus artículos 65 a 67, donde se contemplan, además, las posibilidades de obtener la suspensión del acto impugnado. Pero, salvo la extrema excepción del artículo 67, esa suspensión no puede ser acordada por la Administración estatal o autonómica ni siquiera como medida provisionalísima: la decide el Tribunal.

Casi tan importante como estos cuatro medios son todos los que no aparecen en la LRBRL. Así:

- Ninguna alusión explícita o inequívoca hay a autorizaciones o aprobaciones de los actos locales por las Administraciones estatal o autonómicas.
- Tampoco aparece ningún recurso administrativo de actos locales ante órganos estatales o autonómicos. Y es muy significativo que la LRBRL suprimió el recurso de los actos tributarios locales ante los tribunales económico-administrativos del Estado por estimarse un control contrario a la autonomía local<sup>27</sup>.
- Y ni remotamente se contempla la posibilidad de sancionar a los miembros de la Corporación o de suspenderlos en el ejercicio de su cargo ni siquiera en los supuestos en los que la STC 4/1981 lo admitió. Salvo disolución completa de sus órganos, los únicos remedios son los penales y acordados por los jueces penales o, en su caso, la moción de censura que, además de competecer a órganos del mismo ente local, responde a otra lógica (la de la confianza o desconfianza política) y no, salvo excepciones, a la de remedio frente a actuaciones sistemáticamente ilegales y gravemente lesivas de los intereses generales.

Todo ello, por supuesto, sin que por ninguna parte de la redacción originaria de la LRBRL asomara la expresión de tutela, de la que se abominaba, y presentado en la medida de lo posible casi como si se tratara de relaciones entre iguales que se dan información recíproca y que, ante eventuales conflictos, pueden impugnarse entre sí sus actos. Son elocuentes los artículos 56.3 y 63.2 LRBRL que, tras proclamar el deber de información de las Administraciones locales y la posibilidad de impugnar sus actos por la estatal y autonómica, se refieren de inmediato, para que parezca que se trata de relaciones entre iguales, al deber de información de las Administraciones estatal y autonómica para con las locales y a la posibilidad de éstas de impugnar los actos de aquéllas. Más aún: no es que la LRBRL no hablase de tutela; en realidad ni siquiera hablaba de control sino que lo presentaba bajo el rótulo de «relaciones interadministrativas» en el que no se vislumbra ninguna superioridad sino pura igualdad.

### C) Balance general: la dominante judicialización

Sin entrar en los detalles de esa regulación legal, digamos al menos que los controles que la LRBRL permite a la Administración estatal y autonómica tienen su pieza clave en la impugnación judicial; y que salvo rara excepción (la del art. 67) la suspensión de los acuerdos locales depende asimismo de una decisión judicial. Por eso fue habitual decir que la LRBRL procedió a una judicialización del control de las Administra-

<sup>26</sup> No debe verse en ello una gradación en el sentido de que la aplicación de cada uno de ellos dependa de que se haya utilizado antes infructuosamente el más suave. L. PAREJO ALFONSO (2011: 191).

<sup>27</sup> J. TORNOS MAS (2001): "El control jurídico de la actuación de los entes locales y la vía del recurso administrativo", en *Anuario del Gobierno Local*, pág. 80.

ciones locales<sup>28</sup> que por sus caracteres intrínsecos no sirve para garantizar eficazmente los intereses generales. Se critica que ese sistema judicial es selectivo y esporádico o por muestreo (no general sobre todos los actos o sobre algún género importante como ordenanzas, presupuestos...); que es *ex post* (normalmente, incluso posterior a la ejecutividad y real ejecución del acto impugnado; incluso la ejecución puede haberse producido antes de que la Administración estatal o autonómica conozca el acto local); que, claro está, es sólo de estricta legalidad sin que de ninguna forma el juez pueda valorar la inconveniencia de las actuaciones locales... En suma, que es un control con muchas limitaciones y de eficacia relativamente modesta con el que las Administraciones superiores encuentran muchas dificultades para enderezar las actuaciones locales nocivas.

No sólo es que la LRBRL fuese mucho más allá de lo que imponía la Constitución –o de lo que después impuso la Carta Europea de la Autonomía Local<sup>29</sup>– sino de los modelos de otros ordenamientos. Revelador de lo que a este respecto supuso la LRBRL es lo que poco después de su aprobación afirmó Sosa Wagner. Explicó que el diseño de la LRBRL estuvo inspirado en el Derecho alemán. Pero en cuanto a los controles administrativos, dijo que «la versión hispana (...) va más allá del modelo de que trae causa»; «resulta, en su diseño, infinitamente más benigno en España que en Alemania Federal y en nuestra realidad es, en estos momentos, prácticamente inexistente mientras que en Alemania Federal pesan mucho, para la inmensa mayoría de los municipios, las autorizaciones de vigilancia...»<sup>30</sup>.

Pero, dejando aparte la comparación con otros ordenamientos que arroja un balance elocuente, lo más curioso es la comparación con otras piezas de nuestro propio Derecho. Y con esta perspectiva es difícil superar una gran paradoja. Por determinación de la misma Constitución (art. 161.2), el Gobierno puede conseguir por sí mismo la suspensión de cualquier disposición o resolución de las Comunidades Autónomas, aunque el TC deba ratificarla o levantarla en cinco meses. Por tanto, puede conseguir la suspensión incluso de las leyes autonómicas con sólo invocar cualquier inconstitucionalidad sin necesidad de argüir además la lesión de un grave interés ni nada por el estilo (arts. 30, 62, 64.2 y 77 LOTC)<sup>31</sup>. Sin embargo, ni el mismo Gobierno ni ningún otro órgano tiene esa facultad (salvo en el caso excepcional del art. 67 LRBRL) respecto a los acuerdos de los entes locales, pese a que su autonomía puede considerarse inferior a la de las Comunidades Autónomas. Es difícil comprender esa formidable diferencia en favor de las Administraciones locales. Y para mí que quien se equivocó no fue el artículo 161.2 CE, que tantos y tan buenos servicios ha prestado, sino la LRBRL a la que, con cierta frivolidad, por decirlo llanamente, se le fue la mano. Era más armoniosa la solución que se plasmó, como vimos, en el artículo 8.1 de la Ley 40/1981.

Acaso, incluso, quepa pensar que el conjunto resultante de la LRBRL, si se entiende como un sistema exhaustivo que no admite complemento alguno, hace en algunos aspectos de peor condición a las Administraciones superiores que al particular que pretenda impugnar actos locales. Así podría colegirse si se entendiera, y hay razones para ello, que los artículos 65 a 67 LRBRL no admiten más pretensiones que las de anulación y no las de condena para el pleno restablecimiento de la legalidad que permiten los artículos 31 y 32 LJCA. O si se sostiene que no cabe más medida cautelar que la suspensión del acto impugnado y no todas las posibles conforme al artículo 129.1 LJCA. O si se niega que las Administraciones superiores puedan interponer recursos contra las vías de hecho o las puras inactividades materiales de

<sup>28</sup> En realidad, esa judicialización del control de los entes locales por las Administraciones estatales y autonómicas no es del todo exacta. M. ALMEIDA CERREDA (2008: 229) habla de «sistema mixto en el que no escasean los controles administrativos». Y esto, como iremos viendo, se han intensificado en los últimos años.

<sup>29</sup> L. COSCULLUELA MONTANER (2019: 306).

<sup>30</sup> F. SOSA WAGNER (1989): "La autonomía local", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 241, pág. 26. En efecto, el mismo SOSA ofrece en la parte anterior de ese mismo estudio (publicado en *REALA*, núm. 240) el panorama de los medios de control administrativo que conoce Alemania (págs. 1.633-1.634) y resulta obvio que son infinitamente más amplios e intensos que los de la LRBRL. *Vid.* S. MUÑOZ MACHADO (2015: 313-314) y L. PAREJO ALFONSO (2011: 177).

<sup>31</sup> Ello sin perjuicio de reconocer que es una suspensión que sólo está en manos del Gobierno y sólo para procesos constitucionales, sin que se pueda extender por ley ni a otros órganos ni a otros procesos. Lo dejó claro la STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 17, que anuló el artículo 127 quáter, apartado 2, de la LJCA en la redacción que le dio la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, por permitir la suspensión administrativa (en manos del Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) al interponer recurso contencioso-administrativo. Esta STC, sin embargo, según creo, cometió un exceso. Porque anuló el precepto en cuestión por contrario a la autonomía de las Comunidades Autónomas sin notar que también era aplicable a Administraciones locales u otros entes públicos ¿También era inconstitucional en su aplicación a esas otras Administraciones? Si era así, no lo razonó de ninguna forma. Más bien creo que en relación con los entes locales no era inconstitucional como me parece que se desprende de la STC 6/2016 y su aceptación de una suspensión administrativa de actos locales, como luego se verá. En cualquier caso, el TC nos privó de un razonamiento que era necesario y podría haber sido muy valioso.

los entes locales (arts. 29 y 30 LJCA), lo que probablemente haya que aceptar, especialmente si se piensa que frente estas últimas no hay más remedio que la subrogación en los casos y con las condiciones del artículo 60 LRBRL<sup>32</sup>.

## D) Explicaciones complementarias sobre la regulación de los medios de control en la LRBRL

### a) Los requerimientos previos no son técnicas de control o tutela

El artículo 56.2 LRBRL permite a las Administraciones tutelantes dictar verdaderas órdenes constitutivas de un deber de información para los entes locales. Aunque el precepto dice «solicitar» debe entenderse exigir.

Pero no hay nada similar en los tres últimos medios de control. Su ejercicio puede –y en algún caso debe– estar precedido de un requerimiento. Implícitamente está aludido en el artículo 60 («... deberá recodarse su cumplimiento...») y explícitamente en los artículos 65 y 67. También cabe en los demás casos. Pero no canalizan un medio de control o tutela. Pueden ser muy útiles y tener relevancia (incluso penal). No lo niego. Si está bien motivado puede ser no sólo un medio de evitar conflictos sino de expresión de la convicción de una Administración superior que acaso hará recapacitar al ente local. Permite a éste revisar y anular sus actos, incluso declarativos de derechos y sólo anulables, sin ningún requisito adicional y sin seguir los procedimientos ordinarios<sup>33</sup>. Hasta creo que debe usarse aunque después no se utilice el medio de control propiamente dicho (o incluso aunque se piense que no se dan todas las condiciones para hacerlo) sin que se vea en ello algo así como «amagar pero no dar». Pero, pese a todo, tal y como están configurados, no cabe apreciar en ellos fidedignos medios de control o tutela: no producen nunca efectos suspensivos<sup>34</sup>; no vinculan de ningún modo; y ni siquiera obligan a responder. No son, pues, requerimientos que contengan órdenes; acaso ni tan sólo merezcan la conceptualización de intimaciones si éstas se identifican con advertencias hechas por quien tiene autoridad para después obligar<sup>35</sup>. De hecho, requerimientos iguales están previstos con carácter general en el artículo 44.1 LJCA; o sea, que, a la recíproca, también una Administración local puede dirigir este género de requerimientos a la Administración estatal o autonómica con idéntico valor. Consecuentemente, insisto, no son tales requerimientos un instrumento de control o tutela.

### b) Potestad de control, no mera legitimación procesal

Nuestro ordenamiento presenta la posibilidad estatal y autonómica de impugnar los acuerdos locales –y de pedir su suspensión– como un caso de legitimación procesal. No sólo lo hacen los artículos 63.1.a), 65 a 67 LRBRL sino el artículo 19.1.c) y d) LJCA. Pero esa configuración no es completa: sólo muestra el envoltorio. Más exacto es decir que en estos casos la Administración estatal y autonómica estarán ejerciendo una función pública de control de la legalidad aunque deban hacerlo, no mediante decisiones ejecutivas y ejecutorias, sino impetrando una declaración judicial. No defienden sus derechos o intereses legítimos<sup>36</sup> sino el interés objetivo de la legalidad y el buen funcionamiento de las Administraciones. Por eso, pese a que adopten esa cobertura procesal, es más exacto hablar aquí de potestades administrativas, de potestades de control o tutela.

No se trata de un matiz teórico intrascendente. Por lo pronto refuerza la obligatoriedad de su ejercicio: la posición de la Administración estatal y autonómica no es la de cualquier particular legitimado que puede

<sup>32</sup> M. D. REGO BLANCO (2006): “Ante la inactividad local, ¿sustitución, acción popular o contencioso interadministrativo? Reflexiones a propósito de la protección de la legalidad urbanística”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 300-301, págs. 561-563, realiza un valioso esfuerzo para admitir la posibilidad del contencioso interpuesto por las Administraciones superiores contra la inactividad de las locales en virtud del art. 30 LJCA que, sin embargo, sigue resultándome dudoso.

<sup>33</sup> I. SANZ RUBIALES (1992): “El requerimiento administrativo en el control de legalidad de los actos y acuerdos de las entidades locales”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 253, págs. 73 y 92-93; A. FANLO LORAS (1990: 482); E. CARBONELL PORRAS (2007): “Comentarios a los artículos 65, 66 y 67”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1.570-1.571; J. L. RIVERO YSERN (2014: 578 y 581).

<sup>34</sup> Más aún: la STC 27/1987, de 27 de febrero, anuló una norma que permitía a la Generalidad Valenciana dirigir un requerimiento a las Diputaciones que conllevaba la suspensión del acto provincial atacado. Dijo en su FJ 9: «... tras la aprobación de la LRBRL carece de legitimidad la suspensión aparejada al requerimiento que el impugnado artículo (...) establece».

<sup>35</sup> I. SANZ RUBIALES (1992: 72-73).

<sup>36</sup> Aunque ocasionalmente puede ser así, lo que nos sitúa en otro escenario por completo distinto que ya no nos interesa aquí; *vid.* E. CARBONELL PORRAS (2007: 1.555-1.556).

decidir libérrimamente no acudir a los tribunales ni ante las ilegalidades más flagrantes. Por otro lado, su conceptualización como potestades de tutela permite desvincular la facultad que otorgan estos artículos a las Administraciones estatal y autonómicas de la defensa de sus intereses y ponerlas al servicio objetivo de la legalidad, aspecto capital sobre el que luego insistiré<sup>37</sup>.

### c) *Quedan al margen las competencias delegadas y las de gestión ordinaria de los servicios autonómicos*

La situación descrita no valía –ni vale ahora– para las competencias que ejerzan por delegación los entes locales. Ante ellas la situación cambia drásticamente<sup>38</sup>. Se reflejaba desde el principio en la LRBRL. Sólo para las «competencias propias» se predicaba su ejercicio en «régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad» (art. 7.2). Por el contrario las competencias delegadas habían de ejercerse en los «términos de la delegación que puede prever técnicas de dirección y control de oportunidad» (art. 7.3) con las modalidades más incisivas como las de «emanar instrucciones técnicas (...) y recabar (...) información sobre la gestión municipal así como enviar comisionados y formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de deficiencias»; también resolver recursos frente a los actos locales, lo que obviamente comporta la posibilidad de suspenderlos y anularlos (arts. 27.2 y 37)<sup>39</sup>. Exactamente lo mismo sucedía y sucede si, en vez de delegación propiamente dicha, se trata de encomendar a las Diputaciones la gestión ordinaria de los servicios autonómicos en la respectiva provincia (art. 37). En esa hipótesis la Diputación, más que actuar como ente local, se convierte en Administración indirecta de la Comunidad Autónoma de suerte que no tiene sentido hablar de autonomía.

En la actualidad todo esto se mantiene (arts. 7.3, 27.4 y 37 en la redacción vigente) y sólo hay que añadir que las llamadas por el artículo 7.4 LRBRL (en la redacción que le dio la Ley 27/2003) «competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación» tienen a estos efectos exactamente el mismo régimen de las propias. Lo dejó sentado la STC 41/2016, de 3 de marzo, en su FJ 11.b) que afirmó rotunda y acertadamente que, una vez cumplidas las condiciones para ejercer tales competencias, «el ente local podrá llevar a cabo la tarea en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad...», ello en idénticos términos que cualquier otra competencia local distinta de las delegadas. La salvedad de la que hablamos, por tanto, sólo vale para las competencias delegadas.

Ante tanta interferencia en el ejercicio de las competencias delegadas nada cabe objetar sino sólo reconocer que cuando de ellas se trata hay más propiamente desconcentración que real y verdadera descentralización y que, con matices, las relaciones son, más que de tutela, asimilables a las de jerarquía<sup>40</sup>.

### d) *Competencias de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*

Tema importante, que aquí sin embargo no desarrollaré, es el de la distribución de competencias de control o tutela entre la Administración estatal y las autonómicas que, conforme al artículo 148.1.2.º CE, necesitaba concreción por la «legislación de Régimen Local». Digamos sólo que la LRBRL, extendiendo a este

<sup>37</sup> También su configuración como potestades y no como una propia legitimación procesal justifica que no se permita como alternativa, para cuando han pasado los plazos de los artículos 65 y 66 LRBRL, el ejercicio de la acción popular de urbanismo, que tiene plazos más amplios. Vid. M. D. REGO BLANCO (2006: 556-560).

<sup>38</sup> Lo que sucede es que «toda delegación de competencias crea una relación de jerarquía, aun cuando los entes entre los que la delegación se produce se hallen entre sí en una relación general de tutela». Así lo afirma G. ARIÑO ORTIZ (2011): «Sobre la jerarquía y la tutela como vías de reintegración a la unidad del Estado», en el libro recopilatorio de trabajos del autor: *Lecciones de Administración (y políticas públicas)*. Madrid: lustel, pág. 243.

<sup>39</sup> G. FERNÁNDEZ FARRERES (2007): «La delegación de competencias y la encomienda de gestión», en *Anuario del Gobierno Local*, págs. 142-143; y F. GONZÁLEZ NAVARRO (2011): «Delegación, sustitución y avocación de funciones» (2011), en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho municipal*. Madrid: lustel. 3.ª ed., pág. 531. Correlativamente, los medios de control previstos en la LRBRL para las competencias propias, como los de sus artículos 65 a 67, no se pueden ejercer respecto a competencias delegadas. Vid. E. CARBONELL PORRAS (2007: 151).

<sup>40</sup> Es cierto que la CEAL quiere que, incluso en caso de delegación, las autoridades locales disfruten «en lo posible de la libertad de adaptar su ejercicio a las condiciones locales» (art. 4.5). Vid. I. LASAGABASTER HERRARTE (2007): *La Carta Europea de la Autonomía Local*. Madrid: lustel, págs. 62-63. Pero ese margen de libertad será siempre reducido y no obsta a todos los intensos controles que acabamos de recordar. Yendo más lejos el artículo 93.2 del Estatuto de Andalucía dice que la delegación de competencias en los municipios posibilitará que estos «puedan seguir políticas propias» pero el mismo precepto reconoce que la Junta de Andalucía conservará potestades de coordinación «planificación y control» de modo que, si no *flatus voci*, el margen municipal para desarrollar «políticas propias» será escaso.

ámbito toda la construcción sobre el carácter bifronte del régimen local, atribuyó a ambas Administraciones estas competencias ejecutivas. Para el ejercicio de algunas potestades sólo la Administración del Estado es competente (así, arts. 61 y 67). Para algunas otras, la competencia se atribuye en exclusiva a la respectiva Administración autonómica<sup>41</sup>. Pero en general los instrumentos de tutela quedan en manos de ambas en función de la materia de que se trate y de la distribución de competencias que rija en esa materia<sup>42</sup>. Así, el artículo 60 LRBRL dice «una u otra, según su respectivo ámbito competencial»; y la misma idea late en los artículos 65 y 66. La solución parece razonable, máxime cuando se trate simplemente de interponer contencioso-administrativo ante lo que no hay inconveniente en reconocer que las dos pueden hacerlo<sup>43</sup>. Pero no siempre ni para todos los medios de tutela la solución es tan simple, y además existe el riesgo de hacer bueno el refrán de «una por otra, la casa sin barrer»<sup>44</sup>.

#### 4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL INICIAL SOBRE EL SIGNIFICADO Y VALOR DE LA LRBRL EN CUANTO A LOS MEDIOS DE CONTROL

Inicialmente el TC acogió una interpretación de la LRBRL –en concreto de su regulación de los medios de control sobre los entes locales– basada en dos ideas: primera, la LRBRL ha hecho una enumeración exhaustiva de los medios de control; segunda, la LRBRL tiene una singular posición en el ordenamiento, más allá de su carácter de ley básica, por la cual vincula incluso al legislador estatal. La suma de una a la otra potencia a ambas hasta convertir a la LRBRL en un modelo muy rígido (y, para muchos, insuficiente). Como veremos luego, posteriormente el TC abandonó esta jurisprudencia<sup>45</sup>. Pero importa explicarla no sólo para conocer la evolución sino para comprender la situación actual.

Por una parte, decía, el TC asumió que la LRBRL no establecía sólo unos mecanismos de control generales válidos para cualquier situación y para cualquier sector de la actividad administrativa pero que podrían ser completados por otras leyes –por las leyes reguladoras de cada sector (tráfico, urbanismo, medio ambiente, comercio...) según las necesidades y valoraciones más concretas que hiciera el legislador sectorial– sino que por el contrario contenía un catálogo agotador y cerrado que no admitía complemento ni alteración de ningún género<sup>46</sup>.

Esto se completaba y reforzaba con la otra idea anunciada, la de la peculiar posición ordinamental de la LRBRL, merced a la cual se convirtió en canon de constitucionalidad más allá de lo que se derivaba de su carácter de norma básica. El TC acogió esta construcción en cuya virtud la LRBRL tenía una función constitucional exclusiva, la de concretar y garantizar la autonomía local, la de plasmar la garantía institucional de la autonomía local; eso le daba «una singular y específica naturaleza y posición en el ordenamiento» (así,

<sup>41</sup> Así sucede, por ejemplo, en cuanto a algunas de las autorizaciones o aprobaciones a las que luego nos referiremos.

<sup>42</sup> Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN (2011): “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración local”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho municipal*. Madrid: lustel. 3.ª ed., I, págs. 382-383.

<sup>43</sup> L. PAREJO ALFONSO (2011: 198).

<sup>44</sup> Así literalmente J. R. PARADA VÁZQUEZ (2007: 148) quien afirma que esa solución «rebaja la responsabilidad de la función controladora».

<sup>45</sup> Vid. J. GARCÍA ROCA e I. GARCÍA VITORIA (2018): “Comentario al artículo 137. La división territorial del poder del Estado y la garantía constitucional de la autonomía local”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: BOE; Ministerio de Justicia; Fundación Wolters Kluwer, II, págs. 991-994.

<sup>46</sup> Otra interpretación de la LRBRL era posible y fue defendida. Así, A. FANLO LORA (1993): “El control de los entes locales ¿modelo cerrado? Reflexiones críticas sobre una dogmática consolidada”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 130, sobre todo págs. 201-204; y E. DESDENTADO DAROCA (2010): “El principio de autonomía local”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley, pág. 895. Según creo, para sostener otra interpretación ni siquiera es necesario negar carácter básico a los artículos 60, 61 y 65 a 67 LRBRL sino que cabría entender, incluso reconociendo su carácter básico, que de su tenor y de la propia sistemática de la propia LRBRL no se desprende que excluyan otros controles distintos. Podían dar pábulo a esa otra interpretación destacadamente los artículos 51 y 52.2.a) LRBRL. El primero porque se refiere ampliamente a la posibilidad de suspensión de los actos de acuerdo con la ley y esa ley –cabría entender– podría ser cualquier ley sectorial que permitiera a las Administraciones superiores acordar tal suspensión. Vid. A. FANLO LORAS (1990: 438 y 451). Y el artículo 52.2.a) porque permite a las leyes sectoriales imponer que los actos locales requieran una aprobación que podría ser la de una Administración superior. Respecto a ambos preceptos son muy interesantes las apreciaciones de T. CANO CAMPOS (2007): “Comentarios a los artículos 51 y 52”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Valencia: Tirant lo Blanch, II, págs. 1.283-1.288, 1.292-1.294 y 1.317. Acepta que en esos preceptos se albergan autorizaciones, aprobaciones y suspensiones de tutela, aunque mantiene (de acuerdo con las ideas preconcebidas generalizadas, que no comparto) que no se pueden basar en razones de legalidad sino sólo para la defensa de los concretos intereses confiados a las Administraciones superiores y sólo para materias con competencias concurrentes. Volveremos sobre esto.

FJ 2 de STC 259/1988) que no podía ser contradicha ni disminuida por ninguna ley, tampoco por ninguna otra ley estatal; ni siquiera por otra ley estatal básica. Muestra acabada ofreció ya la STC 213/1988, de 11 de noviembre. Proclamó que cualesquiera leyes (incluidas las estatales) que previeran controles más allá de los establecidos en la LRBRL incurrieran en inconstitucionalidad; y lo hacía por vulnerar la garantía institucional de autonomía local cuya definición y concreción tenía confiada esta Ley por la propia Constitución. Para ello aludió al Preámbulo de la LRBRL que orientaba en ese sentido<sup>47</sup>. Y con ello afirmó:

«... las normas que excluyen del control administrativo los actos y acuerdos de las Corporaciones Locales tienen la finalidad de asegurar en ese aspecto la autonomía de tales Corporaciones, que están garantizada por el art. 137 de la Constitución. Es cierto (...) que este Tribunal ha considerado que los controles administrativos de legalidad no afectaban al núcleo esencial de la garantía institucional de la autonomía de las Corporaciones Locales (STC 4/1981 y otras posteriores). Pero hay que tener en cuenta que con estas declaraciones el TC no pretendía ni podía pretender la determinación concreta del contenido de la autonomía local, sino fijar los límites mínimos en que debía moverse esa autonomía y que no podía traspasar el legislador. Con ello no se impedía que el legislador, en ejercicio de una legítima opción política, ampliase aún más el ámbito de la autonomía local (...) Ahora bien, ejercitada por el legislador estatal la opción política a favor de una regulación claramente favorable a la autonomía (...), la norma correspondiente ha de calificarse de básica también en sentido material por cuanto tiende a asegurar un nivel mínimo de autonomía a todas las Corporaciones Locales en todo el territorio nacional (...) garantía que opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos».

Nótese que habla de garantía también frente al Estado. Después algunas sentencias matizaron esta jurisprudencia en el sentido de distinguir dentro de la LRBRL dos tipos de contenidos, unos que propiamente eran concreción de la garantía institucional de la autonomía local y, otros que, aunque también básicos, no tendrían esa función<sup>48</sup>. Aun con esa distinción, seguía reconociéndose a la LRBRL (ahora sólo a parte de ella) una posición singular en el conjunto del ordenamiento cuya consecuencia relevante sería que hasta las leyes sectoriales del Estado, incluidas las básicas, quedaban vinculadas por ella. Y entre las partes de la LRBRL con esa posición singular estaban las que regulaban los medios de control de las Administraciones estatal y autonómicas sobre las locales. Así que para nuestro tema esta matización del TC no afectaba al resultado.

Por tanto, desde la aprobación de la LRBRL, ya no bastaría para que otra ley introdujera diversos medios de control que respetasen lo que se deriva de la proclamación constitucional de la autonomía local (tal y como había sido entendida por las SSTC 4 y 14/1981) sino que tendría que acomodarse positivamente al muestrario de medios de control que ofrecía esa ley. En términos populares, tras la LRBRL los medios de

<sup>47</sup> En efecto, la LRBRL pretendía autoatribuirse una peculiar y superior posición. Decía su Preámbulo que «desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función ordinamental que, al estarle reservada o, lo que es igual, vedada a cualesquiera otras normas, presta a su posición en el ordenamiento en su conjunto una vis específica, no obstante su condición formal de Ley ordinaria». Y después: «... desde la especial posición ordinamental que a la Ley de régimen local es propia...». En la doctrina, construcción teórica acabada e influyente, aunque con pretensiones algo más amplias que la de dar sustento a la posición singular de la LRBRL, fue la de R. GÓMEZ-FERRER MORANT (1987): "Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía, y función constitucional", en *Revista de Administración Pública*, núm. 113, págs. 7-38. Vid. también L. PAREJO ALFONSO (1988): "Relaciones interadministrativas y de conflicto en la Ley básica de Régimen Local", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 238, pág. 1.063. Puso de relieve cierta contradicción de esa idea con la de garantía institucional J. ESTEVE PARDO (1991): "Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, sobre todo págs. 137 y ss.

<sup>48</sup> Exponente de esta jurisprudencia es la STS 159/2001, de 5 de julio: «Esta ley puede *a priori* contener, de un lado, tanto los rasgos definitorios de la autonomía local, concreción directa de los arts. 137, 140 y 141 CE, como, de otro, la regulación legal del funcionamiento, la articulación o la planta orgánica (entre otras cosas) de los entes locales. Sólo aquellos extremos de la LRBRL que puedan ser cabalmente enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LRBRL y que se incardinan, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18.ª CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental (...) Así que (...) aquellos artículos de la LRBRL que sean reflejo inequívoco de los principios contenidos en los arts. 137, 140 y 141 CE (...) son los que deben tomarse en consideración como parámetros de la legitimidad constitucional (...) de tal manera que su infracción (...) determinaría su nulidad por vulneración del bloque de constitucionalidad aplicable a la materia de que se trata (...) Se trata de una ley (la LRBRL) que (...) por actuar los valores superiores consagrados en el art. 137 CE, "tiene una singular y específica naturaleza y posición en el Ordenamiento jurídico" (STC 259/1988, de 22 de diciembre, F. 2), integrándose sin dificultad, en aquella parte que sea concreción de principios constitucionales (...) Por consiguiente, sólo en estos términos (...) puede afirmarse que el encaje constitucional esencial de la LRBRL se encuentra en los arts. 137, 140 y 141 CE...».

control serían «sota, caballo y rey»; y ni se podían inventar más cartas ni cabía cambiar en nada las que ofrece la LRBRL.

El resultado fue el de un sistema de extrema rigidez. Si a eso se suma que los medios previstos eran considerados, en general, pocos y pobres, la conclusión que se alcanzaba casi con unanimidad es que el conjunto era deficiente e insuficiente, incapaz de permitir a las Administraciones superiores garantizar con eficacia la legalidad y los intereses generales<sup>49</sup>.

## 5. EL ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR: LA LRBRL ES UNA LEY BÁSICA QUE VINCULA A LAS LEYES AUTONÓMICAS PERO NO A LAS ESTATALES

### A) La jurisprudencia constitucional inaugurada con la STC 240/2006: la liberación del legislador estatal del sometimiento a la LRBRL

Nunca llegó el TC a aplicar la tesis recién resumida en la práctica; es decir, jamás anuló una ley estatal por prever medios de control distintos de los enunciados en la LRBRL. Y cuando se le presentó la ocasión de hacerlo, no sólo no lo hizo sino que desbarató su anterior construcción. Se desdijo (aunque negó que lo hiciera). Quedó claro en la STC 240/2006, de 20 de julio, ante un conflicto en defensa de la autonomía local planteado frente a una Ley estatal. En su FJ 8 dijo:

“... de la jurisprudencia examinada no se concluye que la LRBRL constituya siempre canon de validez de la ley, estatal o autonómica, a la hora de enjuiciar normas que desarrollen aspectos concretos de la autonomía local. De la ley estatal no lo constituye porque la LRBRL, más allá de la referida naturaleza singular, y de su carácter básico ex art. 149.1.18 CE, no ocupa en nuestro Ordenamiento una posición distinta a las demás leyes ordinarias del Estado, que pueden por tanto establecer disposiciones contrarias a la LRBRL, las cuales deberán ser consideradas modificaciones legislativas pero no leyes inconstitucionales. De la ley autonómica sólo podría ser canon de validez la Ley de las bases del régimen local en aquellos aspectos enraizables directamente en los arts. 137, 140 y 141 CE...”

Las anteriores consideraciones permiten concluir que el canon que este Tribunal deberá aplicar para resolver los conflictos (...) promovidos frente a leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (arts. 137, 140 y 141 CE) que establecen ese «contenido mínimo» que protege la garantía institucional y que hemos considerado definitorios de «los elementos esenciales» o del «núcleo primario» del autogobierno de los entes locales territoriales. También el legislador básico estatal ha de respetar la garantía institucional de la autonomía local (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2), puesto que los destinatarios del art. 137 CE «son todos los poderes públicos, y más concretamente todos los legisladores» (STC 11/1999, de 11 de febrero, FJ 2). Pero la legislación básica sobre régimen local no se integra en el «bloque de la constitucionalidad» ni constituye canon de validez respecto de otras leyes estatales (...). No puede pretenderse de este Tribunal que enjuicie una norma estatal utilizando como parámetro otra norma estatal (configuradora de la autonomía local constitucionalmente garantizada) pues, lógicamente, si no se ha vulnerado la Constitución debe interpretarse como una nueva opción del legislador...”

La STC 95/2014, de 12 de junio, de nuevo al resolver un conflicto en defensa de la autonomía local, reiteró enérgicamente la misma doctrina en su FJ 5. Y lo mismo hizo después la STC 6/2016, de 21 de enero, que se enfrentó con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley estatal 2/2013. Dijo en

<sup>49</sup> En la doctrina más autorizada son exponentes de esta consideración crítica, entre otros, A. FANLO LORAS (1990: 317-327), S. MUÑOZ MACHADO, S. (2015: 313); L. PAREJO ALFONSO (1988: 154), M. SÁNCHEZ MORÓN (1990: 200-202). J. R. PARADA VÁZQUEZ (2007: 145 y ss.) rotula esa parte de su obra con el expresivo título “La acreditada inoperancia del control judicial”. Y no le queda a la zaga E. DESDENTADO DAROCA (2010: 890 y ss.) que intitula “La hipertrofia de la autonomía local y los efectos negativos de la judicialización de los controles de legalidad” y cuya demoledora valoración final (894-898) aparece bajo el rubro “Un modelo judicializado, restrictivo, cerrado e ineficaz”. Por lo demás, ni siquiera los pobres medios de control de la LRBRL se han utilizado mucho ni bien. Es interesante la síntesis de M. SÁNCHEZ MORÓN (2018): *Las Administraciones españolas*. Madrid: Tecnos, págs. 175-181, en la que otras cosas se refiere a la incapacidad de evitar una especie de nuevo caciquismo y la corrupción. Juicio más benévolo es, por ejemplo, el de T. GONZÁLEZ DEL TESO y A. CALONGE VELÁZQUEZ (2003: 470) y M. ALMEIDA CERREDA (2008: 229-230).

su FJ 4.d): «No puede prosperar la primera tacha de inconstitucionalidad dirigida a este precepto, fundada en la vulneración del principio de autonomía local. Toda vez que la “legislación básica sobre régimen local no se integra en el ‘bloque de la constitucionalidad’ ni constituye canon de validez respecto de otras leyes estatales” (STC 95/2014, de 12 de junio, FJ 5, y las allí citadas), en este caso nuestro análisis debe ceñirse a los límites que la Constitución impone directamente a los controles sobre la actividad local. En su concreta proyección sobre tales controles, el significado del principio de autonomía local (arts. 137, 140 y 141.2 CE) quedó perfilado a partir de la STC 4/1981, de 2 de febrero (...) En esta línea, la posterior STC 14/1981, de 29 de abril, FJ 6, aclaró que...». O sea, las que cita son las dos SSTC anteriores a la LRBRL, las que perfilaron la autonomía local y sus frenos a los controles administrativos basándose única y exclusivamente en la Constitución. Todo lo demás y en especial lo que se derive de la LRBRL es intrascendente para encorsetar al propio legislador estatal que sí que puede moldear los medios de control sobre los entes locales que aparecen en la LRBRL o establecer otros.

Todavía encontramos en algunas explicaciones alusiones a la posición ordinal singular de la LRBRL y a su función única de concretar la autonomía institucional de la autonomía local. Pero ahora son restos retóricos sin sustancia ni relevancia. Para el viaje que hoy se realiza no se necesitan aquellas alforjas sofisticadas. Todo ha vuelto a cauces más normales: la LRBRL es una ley básica (en este caso, amparada tal condición por el art. 149.1.18.ª CE) y como tal, al igual que todas las leyes básicas (en realidad, según sostengo, al igual que todas las leyes del Estado estatales dictadas dentro de sus competencias), es canon de constitucionalidad de las leyes autonómicas<sup>50</sup>; y se impone al legislador autonómico sea cual sea el ámbito en que se desenvuelva. Pero no se impone al legislador estatal<sup>51</sup>.

De las SSTC que proclaman que la LRBRL no vincula a las leyes estatales, la que más claramente muestra las consecuencias de la nueva doctrina sobre el aspecto que estudiamos es la STC 6/2016, de 21 de enero. Lo recurrido era el nuevo artículo 119 de la Ley de Costas que interesa reproducir:

1. Se declaran contrarios al interés general los actos y acuerdos que infrinjan la presente Ley o las normas aprobadas conforme a la misma, y podrán ser impugnados directamente por la Administración del Estado, autonómica o local, ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con petición expresa de suspensión. El Tribunal se pronunciará sobre dicha suspensión en el primer trámite siguiente a la petición de la misma.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 67 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, el Delegado del Gobierno (...) podrá suspender los actos y acuerdos adoptados por las entidades locales que afecten a la integridad del dominio público marítimo terrestre o de la servidumbre de protección o que supongan una infracción manifiesta de lo dispuesto en el artículo 25 de la presente Ley.

Era un modo audaz de ampliar las posibilidades administrativas (no judiciales) de suspensión de acuerdos locales previstas en la LRBRL por la sibilina vía de decidir de antemano lo que pueden entrar en el artículo 67 de esa ley y así permitir al Delegado del Gobierno suspender los acuerdos locales. En cualquier caso la astucia del legislador sobró porque bastó al TC comprobar que se trataba de una ley estatal para afirmar que no está vinculada por la LRBRL y que, por tanto, puede inventar cauces de suspensión de actos locales sin más condiciones que las que se derivan de la desnuda consagración constitucional de la autonomía local y que se enunciaron en la STC 4/1981. Y esas condiciones, continúa la sentencia 6/2016, se dan aquí:

«Desde la perspectiva de la autonomía local constitucionalmente garantizada, el artículo 119.2 de la Ley de Costas cumple las antedichas exigencias, al estar prevista la suspensión en norma con rango de ley, acotado su objeto con precisión suficiente e incidir claramente en intereses supralocales, como son los relativos a la protección y defensa de la integridad del dominio público marítimo-terrestre, de titularidad estatal».

Para el futuro, cuando el Estado quiera consagrar una suspensión administrativa de actos locales, no tendrá que acudir al subterfugio de reconducir el supuesto al artículo 67 LRBRL, sino llanamente prever tal suspensión. Y, claro está, no hay razón alguna para circunscribir las posibilidades del legislador estatal de apartarse de los medios de control de la LRBRL a la de prever supuestos de suspensión de actos locales.

<sup>50</sup> M. ALMEIDA CERREDA (2008: 223-227).

<sup>51</sup> F. VELASCO CABALLERO (2009: 186-188).

Igualmente habrá que admitir otras facultades de control que inventen las leyes estatales sin ajustarse al catálogo de la LRBRL o que moldeen de alguna forma los instrumentos que esa ley prevé. De hecho, la crisis económica y el nuevo principio constitucional de estabilidad presupuestaria ya han cambiado en parte el panorama<sup>52</sup>. Nada cabrá objetar siempre que respete, eso sí, lo directamente derivado de la proclamación constitucional de la autonomía local, tal y como fue interpretada por el TC (sobre todo en su sentencia 4/1981)<sup>53</sup>.

## B) Sometimiento estricto de las leyes autonómicas a los medios de control de la LRBRL

Ahora, cuando ya se ha abandonado esa tesis sobre la singularidad de la LRBRL, cuando esta Ley ha pasado a ser considerada simplemente una ley básica, el entendimiento de su regulación de ciertos medios de control como un listado agotador e inamovible sigue teniendo consecuencias severas, pero sólo para las Comunidades Autónomas. Eso sí, para éstas es un límite incluso aunque se esté en materias de su exclusiva competencia, esto es, aunque pretenda establecer medios de control sobre los entes locales en sectores de actuación cuya legislación sea de competencia exclusivamente autonómica, como es el caso destacado del urbanismo<sup>54</sup>.

Así, el TC se ha convertido en un guardián celoso y hasta quisquilloso de la LRBRL y la taxatividad de sus medios de control frente a las leyes autonómicas, sólo frente a ellas. Un guardián, además, indiferente a los lamentos de las Comunidades Autónomas que a veces han alegado la insuficiencia de esas previsiones de la LRBRL y que su regulación impugnada salvaguardaba mejor los intereses generales. Ante tales argumentaciones, el TC, impertérrito, se lava las manos. Se lee, por ejemplo, en su sentencia 154/2015, de 9 de julio: «... este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de aclarar que no le corresponde pronunciarse sobre si regulaciones de este tipo protegen los intereses públicos con más efectividad que el régimen de controles de la LRBRL (STC 46/1992, de 2 de abril, FFJJ 2 y 3). Le corresponde sólo contrastar tales regulaciones con los elementos relevantes de la LRBRL declarando la inconstitucionalidad de las primeras si hay efectiva contradicción con los segundos, como ocurre en el presente caso»<sup>55</sup>. *Fiat iustitia et pereat mundus*, podría haber dicho el TC.

Esta jurisprudencia constitucional se ha proyectado sobre todo en dos aspectos:

- a) Suspensión de acuerdos locales. Cualquier ley de las Comunidades Autónomas, aunque sea en materia de su exclusiva competencia, que haya previsto alguna forma de conseguir la suspensión de los actos locales que no se corresponda exactamente con los artículos 65 y 66 LRBRL ha sido declarada inconstitucional (por inconstitucionalidad mediata) y nula. Y como esos artículos 65 y 66 sólo admiten

<sup>52</sup> La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera consagra interferencias de la Administración Estatal sobre los entes locales (y, en realidad, por igual para las Comunidades Autónomas) al margen de la LRBRL: permite fijar objetivos, dirigir advertencias, establecer medidas de cumplimiento forzoso, enviar una comisión de expertos... (arts. 25 y 26). También hay algo similar en la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, sobre la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. Pero sobre todo la Ley 27/2013 ya supuso cambios concretos en esa misma dirección.

<sup>53</sup> Aclaremos que a esos frenos directamente constitucionales no hay que añadir, desde luego, ninguno derivado de los Estatutos de Autonomía. En algunos de los Estatutos de Autonomía de la segunda hornada hubo un intento de reforzar la autonomía local que, entre otras cosas, se proyectó sobre los medios de control. Así, por ejemplo, dice el artículo 92.1 del Estatuto andaluz: «El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad». En algún otro se excluyen expresamente los controles de oportunidad (art. 86.4 del catalán). Pero esto, sin perjuicio de su valor a otros efectos [vid. F. VELASCO CABALLERO (2009: 113-157)], no vincula al legislador estatal. Por si alguna duda cupiera, la dispó la STC 168/2016, de 6 de octubre, FJ 3.a): «... una norma estatutaria de régimen local no puede funcionar como límite al ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida al Estado en esta materia». Así que si esa proclamación estatutaria significara algo más que lo que ya se deriva de la Constitución y de la CEAL, no encontraría ahí ningún límite el legislador estatal sino sólo el autonómico. Por supuesto, tampoco el legislador estatal encuentra ningún freno en la legislación previa pues «no hay una prohibición de retroceso en la configuración legal del modelo de autonomía local». Vid. J. GARCÍA ROCA e I. GARCÍA VITORIA (2018: 993-994).

<sup>54</sup> A este respecto ya la STC 213/1988, FJ 3, dijo: «... aunque es cierto que este Tribunal ha señalado como criterio general que prevalece el título competencial más específico sobre el más genérico –STC 71/1982–, también lo es que a este criterio no se puede atribuir un valor absoluto. En el caso ahora examinado la Ley de Bases de 1985 persigue asegurar un determinado modelo de autonomía local en ejercicio de las competencias que atribuye al Estado el art. 149.1.18 CE, y uno de los elementos fundamentales de ese modelo es la exclusión de la potestad gubernativa de suspender los acuerdos de las Corporaciones Locales. La legislación que en el uso de sus competencias dicten las Comunidades Autónomas sobre urbanismo u otros ordenamientos sectoriales debe respetar esa exclusión. De otro modo no se garantizaría el nivel mínimo de autonomía local establecido por el legislador estatal, pues las diversas legislaciones sectoriales autonómicas podrían imponer controles que en la práctica, llegasen a desfigurar el citado modelo e incluso a vaciarlo de contenido».

<sup>55</sup> No sólo en este caso, sino en la mayoría de los enjuiciados, las leyes autonómicas cuestionadas y anuladas eran urbanísticas, sector en el que las Comunidades Autónomas han sentido más la necesidad de meter en cintura a los Ayuntamientos y las insuficiencias de la LRBRL. Vid. T. R. FERNÁNDEZ (1989): «El urbanismo en la jurisprudencia constitucional: notas críticas», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 112., págs. 13-31.

la suspensión judicial, cualquier atisbo de conferir a la Administración autonómica la posibilidad de acordar la suspensión siquiera sea como medida provisionalísima en tanto que el juez se pronuncia ha caído irremisiblemente. Sin desmallo, el TC lo han proclamado y aplicado rigurosamente<sup>56</sup>.

- b) Subrogación. Cuando alguna ley autonómica ha osado prever supuestos de subrogación sin ajustarse *ad pedem litterae* al artículo 60 LRBRL, el TC la ha anulado sin contemplaciones. Así se comprueba en las SSTC 11/1999, de 11 de febrero; 159/2001, de 5 de julio; 154/2015, de 9 de julio. En la primera la víctima fue un precepto asturiano; en la segunda uno catalán (aunque de paso también resultó tocado uno estatal preconstitucional que era el que reproducía aquél: el art. 218 LS de 1976); y en la tercera, que es por ahora el culmen de esta jurisprudencia, varios preceptos andaluces. El TC afirma: «... las Comunidades Autónomas pueden aplicar directamente el régimen de controles que ha establecido agotadoramente la legislación básica estatal y, si regulan el ejercicio autonómico por sustitución de competencias locales, pueden solo concretar el previsto en esa legislación, pero ajustándose fielmente a sus “elementos relevantes”». Y «elementos relevantes» son para el TC todos los del artículo 60 LRBRL. No ya es que entienda elemento relevante y, por tanto, imprescindible el requerimiento –aunque se parta de una incumplimiento contumaz y ya perfectamente demostrado– sino incluso el plazo de un mes, justamente un mes, aunque haya urgencia: «El indicado plazo constituye un “elemento relevante” por reflejar una exigencia de autonomía local que el legislador autonómico no está autorizado a rebajar (...) Los preceptos impugnados, al establecer plazos menores, alteran el nivel de autonomía que asegura el artículo 60 LRBRL». Lo cierto es que el TC, como si practicara el juego de «busca las diferencias», procede meticulosamente a describir las disparidades que encuentra entre los preceptos impugnados y el artículo 60 LRBRL, hasta anularlos. Lo anterior, sumado a su interpretación literal y restrictiva del artículo 60 LRBRL<sup>57</sup>, ha convertido a éste en un molde intocable y, más que en remedio frente a los peores desmanes locales, en freno a las posibilidades de combatirlos.

<sup>56</sup> Además de la ya citada STC 27/1987 que anuló una norma que preveía un requerimiento autonómico con efectos suspensivos del acto local impugnado, lo afirmó igualmente la STC 213/1988, de 11 de noviembre. El recurso se dirigía contra los artículos de una Ley autonómica que atribuían a la Administración regional la facultad de acordar por motivos de legalidad la suspensión de ciertos actos locales dando traslado inmediato a la Sala de lo Contencioso-Administrativo a los efectos previstos en el artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 1956 (equivalente al actual 127 de la vigente LJCA): «... los artículos 65 y 66 de la Ley regulan la impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones por parte de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y establecen que la suspensión sólo es potestad de los Tribunales. Queda así suprimida toda potestad de suspender de las autoridades administrativas y gubernativas (salvo la que se confiere al Delegado del Gobierno en el art. 67)». Esta doctrina se reiteró sin añadir nada nuevo en la STC 259/1988, de 22 de diciembre, que enjuició normas iguales pues se trataba de un recurso contra el Decreto que desarrollaba a aquella ley previamente anulada. También está en esa dirección la STC 11/1999, de 11 de febrero, anuló un precepto asturiano que permitía al Consejero suspender licencias urbanísticas nulas de pleno derecho. La STC 148/1991, de 4 de julio, se enfrentó con un precepto de una ley canaria que permitía al Gobierno autonómico la suspensión de los actos que autorizasen construcciones que no se adecuasen al ambiente: «Los criterios sentados por la jurisprudencia constitucional muestran que el artículo 2.2 de la Ley Canaria impugnada en este recurso sería patentemente inconstitucional, en la medida en que la suspensión que allí se regula recayese sobre las licencias urbanísticas emitidas definitivamente por las Corporaciones locales...». Si no lo anuló fue porque hizo una interpretación acrobática según la cual la norma en cuestión podía estar refiriéndose a actos no locales (por ejemplo, a los autonómicos previos a las licencias municipales para suelo no urbanizable). Sea como fuere, proclamó radicalmente que las competencias autonómicas de suspensión sólo pueden ser ejercidas en tanto no vengán a «complementar las facultades de impugnación de actos locales en términos que resulten incompatibles con lo dispuesto en los artículos 65 y 66 LRBRL desfigurando el modelo de autonomía local establecido en dicha Ley estatal». Asimismo la STC 46/1992, de 2 de abril, reiteró esta doctrina, ahora respecto a una ley madrileña que permitía al Consejero suspender licencias municipales constitutivas de infracción urbanística grave. Invocando sus sentencias anteriores afirma que «la suspensión de acuerdos de las Entidades locales es sólo potestad de los Tribunales (con la excepción, en favor de los Delegados del Gobierno, recogida en el art. 67 de la Ley)».

<sup>57</sup> Sin entrar a analizar el régimen concreto del artículo 60 LRBRL, sí que conviene notar dos grandes limitaciones, tal y como es interpretado por el TC. Primera, sólo vale para los incumplimientos de las obligaciones que consistan en omisiones o, a lo sumo, en actuaciones puramente materiales del ente, de modo que si median actos administrativos locales ya no son posibles nada más que las vías de los artículos 65 a 67 LRBRL. *Vid.* E. CARBONELL PORRAS (2007: 1.550) y M. D. REGO BLANCO (2006: 547-554). De hecho, en la primera de las sentencias citadas anuló la norma asturiana porque el artículo 60 LRBRL parte de una «simple inactividad o parálisis funcional» mientras que el precepto autonómico en liza concernía a un acto antijurídico en cuanto se refiere, no a actuaciones sin licencia, sino a actuación con licencia nula de pleno derecho. Además, la inactividad del Alcalde «puede responder no a desidia o abandono sino al convencimiento de que la licencia no adolece de tacha alguna». Y esa controversia «sólo puede encontrar solución en sede jurisdiccional, como disponen los arts. 65 y 66 LRBRL». Segunda, el artículo 60 LRBRL sólo sirve para solucionar incumplimientos concretos y caso por caso; no para incumplimientos sistemáticos o situaciones patológicas más amplias, como la que presentó en su momento la escandalosa gestión urbanística del Ayuntamiento marbellí frente a la cual precisamente se articuló uno de los preceptos anulados por el TC ante el altar de la autonomía local. Parece desprenderse que para estos supuestos ya hay que acudir al remedio extremo del artículo 61 LRBRL, a la disolución de la Corporación: no deja lugar a una subrogación, solución menos drástica que la disolución, que fuera algo más allá del artículo 60 LRBRL.

Tan rígido es este sometimiento autonómico al pobre cuadro de mecanismos de control de la LRBRL que en ocasiones se tiene la sensación de que es más fácil a las Comunidades Autónomas privar de una competencia a los entes locales que dársela con ciertos controles administrativos<sup>58</sup>. Aquí, por lo visto, no cabe decir eso de que quien puede lo más (quitar una competencia) puede lo menos (mantener la competencia pero sometida a controles). Por otra parte, resulta paradójico que con normalidad sean las leyes autonómicas las que deben atribuir competencias a los entes locales y que justamente esas leyes no puedan añadir nada sobre los medios de control<sup>59</sup>.

## 6. MATIZACIONES AL CUADRO RÍGIDO DE LA LRBRL Y VÁLVULAS DE ESCAPE

### A) Planteamiento

Desde que las leyes estatales pueden establecer controles al margen de la LRBRL o moldear los que allí aparecen, las matizaciones al marco inflexible de la LRBRL tienen amplia justificación y vastas posibilidades. Y ello puede beneficiar también a las Comunidades Autónomas no ya porque su Administración sea la competente para servirse de esos nuevos medios sino porque su legislador también encontrará legitimación en esas leyes estatales para introducir controles idénticos. Por ejemplo, si la Ley de Aguas consagrara un medio de tutela (por ejemplo, suspensión automática de acuerdos locales), habría que admitir que las leyes autonómicas de aguas puedan hacer lo mismo para proteger las de las cuencas intracomunitarias.

Por otra parte, puede tenerse la impresión de que las Comunidades Autónomas han podido evadirse en parte de tan rígido marco, al menos en relación con las Diputaciones, configurando los medios de injerencia como instrumentos de coordinación y buscándoles asidero en los artículos 7.2, 10.2 y, sobre todo, 59 LRBRL. También, como veremos después, en el artículo 62 LRBRL. Y específicamente para las provincias en el artículo 36.2.a): «... la Comunidad Autónoma asegura, en su territorio, la coordinación de los distintos Planes provinciales...». Y cuando lo han hecho el TC se ha mostrado mucho más indulgente como se comprueba en su sentencia 27/1987, de 27 de febrero, y todas las que en la misma dirección la han seguido. Cabe pensar, incluso, que gracias a la coordinación imperativa se han introducido en las leyes autonómicas y se han admitido medios de interferencias sobre las Diputaciones que rechinan con la autonomía tanto o más que muchos de los medios clásicos de tutela<sup>60</sup>.

Pero, aparte de esto, se pueden detectar otras vías, aunque no todas sean propiamente de tutela, que sí consienten cierta intromisión en las actuaciones locales y que, de hecho, aflojan el corsé que la LRBRL impone, incluso respecto a las leyes autonómicas. La más relevante es la de las autorizaciones y aprobaciones. Pero junto a ella pasaré revista a otras que considero sugerentes. Con carácter general, antes de ello, quiero apuntar las posibilidades que quizá abren las autoridades administrativas independientes: acaso

<sup>58</sup> Esa idea aflora en algunas sentencias. Por ejemplo, claramente en la STC 154/2015: anuló varios preceptos de una ley urbanística andaluza por no ajustarse plenamente al artículo 60 LRBRL pero no un artículo que sencillamente atribuía una competencia, en vez de a los Municipios, a la Administración autonómica para que así pudiera delimitar terrenos a fin de constituir su propio patrimonio público del suelo y hasta aprobar ella misma planes de urbanismo. Salvó esta previsión porque no vulneraba el artículo 60 LRBRL. Se lee en su FJ 7.e): «El precepto impugnado en modo alguno puede contrastarse con el control administrativo previsto en el art. 60 LRBRL, como pretenden los Diputados recurrentes. La protección del interés supralocal se ha realizado en este caso, no mediante la atribución de las indicadas potestades urbanísticas al ente local con previsión de un control autonómico, sino elevando esa competencia al nivel autonómico con reducción correlativa de la intensidad de la intervención municipal. Nuestro canon de enjuiciamiento ha de ser entonces de nuevo la garantía constitucional de la autonomía local, exclusivamente». O sea, si la ley hubiera mantenido la competencia municipal pero hubiese establecido un control autonómico lo habría considerado inconstitucional (por no ajustarse al art. 60 LRBRL). Pero dándole directamente la competencia a la Comunidad Autónoma –para lo cual basta detectar algún interés supramunicipal y, si acaso, dar alguna participación al Ayuntamiento– las cosas son distintas y más fáciles. Por eso se ha llegado a decir que la dificultad para establecer medios de control efectivos incentiva al legislador para negar competencias a los entes locales o, si acaso, a simplemente delegárselas. *Vid.* L. ORTEGA ÁLVAREZ (2003): “El modelo español de control sobre las autonomías territoriales”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 2, págs. 10-11. Y, siguiéndolo, M. ALMEIDA CERREDA (2008: 221). Ese riesgo de utilizar como alternativa la delegación no es hipotético, sino real. De hecho, se lee en la Recomendación 121 (2002) del Congreso de los poderes locales y regionales de Europa sobre la democracia local y regional en España que se «constata (...) con inquietud una tendencia a recurrir a menudo a la delegación de competencias por parte de la legislación sectorial (observada, en particular, en el ámbito de las comunidades autónomas)...».

<sup>59</sup> Lo observan GONZÁLEZ DEL TESO, T., y CALONGE VELÁZQUEZ, A. (2003): “Autonomía local y control”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 291, pág. 427.

<sup>60</sup> M. REBOLLO PUIG (2018): “Comentario al artículo 141”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BARAMONDE, M. E. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: BOE; Ministerio de Justicia; Fundación Wolters Kluwer, II, pág. 1.061.

atribuyendo a éstas –o a órganos que, aun sin reunir todos sus requisitos, tengan independencia funcional– potestades de control sobre todas las Administraciones, incluidas las locales, quepa ahora afrontar, junto con otros, los mismos problemas que pretendían solucionar las técnicas clásicas de tutela. La Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (Ley Orgánica 6/2013) ofrece un ejemplo inspirador.

## B) Autorizaciones, aprobaciones y similares

Fórmula clásica de la tutela es el sometimiento de los actos (incluidos los normativos y contractuales) de un ente a la autorización o aprobación de una Administración superior. Y vimos que la STC 4/1981, con unas u otras condiciones, las aceptó en diversos casos. Ni huella queda en el Capítulo que la LRBRL dedica a las «relaciones interadministrativas» que es donde se incluyen los restos de la antigua tutela. Además, en su Preámbulo había alguna frase directamente dirigida contra ellas; así cuando habla del «juicio de radical obsolescencia (que) merece predicarse de las técnicas formalizadas actuables por voluntad unilateral de una de las Administraciones e incidentes normalmente en la validez o la eficacia de los actos emanados de otra»<sup>61</sup>. ¿Han desaparecido? ¿Están ya prohibidas? Haberlas, haylas<sup>62</sup>. Y, si son admisibles, mediante ellas se podría relativizar sensiblemente la rigidez y pobreza del catálogo de medios de control de la LRBRL.

### a) Existencia de autorizaciones y aprobaciones estatales y autonómicas como medios de control

En la LRBRL, desde su redacción inicial hasta hoy, se contiene una alusión en su artículo 52.2.a) a los actos locales para los que «una Ley Sectorial requiera la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma». No es un dechado de finura jurídica ya que la aprobación, en vez de matiz a la ejecutividad de los actos (de lo que se ocupa el art. 51), aparece como excepción a la regla general sobre agotamiento de la vía administrativa con lo que, en realidad, poco tiene que ver. Pero, aun con sus defectos, la referencia a aprobaciones de actos locales cuando lo exijan las leyes sectoriales es inequívoca. Cierto que no habla de autorizaciones (no ya porque el término que usa es «aprobación» sino porque dice que es «ulterior» lo que, conforme a la ortodoxia, es propio de las aprobaciones y no de las autorizaciones que serían previas). Y cierto igualmente que no habla expresamente de autorizaciones o aprobaciones estatales o autonómicas (podrían ser solo de otros órganos del mismo ente local). Pero, aun así, ahí hay cabida para estas formas de control y lo lógico es pensar que la alusión en una ley de régimen local a aprobaciones se refiere a aprobaciones de las Administraciones superiores.

Por otra parte, incluso dejando al margen la autorización gubernamental para convocar consultas populares (art. 71 LRBRL) que tiene un específico fundamento (art. 149.1.32.ª CE), ya había en la redacción originaria de la LRBRL –y se mantienen– dos supuestos de aprobación de control: la necesaria para la efectiva ejecución del monopolio sobre las actividades reservadas a las entidades locales (antes en el art. 86.3 y ahora, intacta, en el art. 86.2); y la requerida para la implantación del régimen de concejo abierto (art. 29.2 LRBRL)<sup>63</sup>.

Pero sobre todo es revelador que al aprobarse poco después el Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril), se recogieron muchas de esas autorizaciones y aprobaciones (por ejemplo, arts. 75.4, 78.1, 79.1, 97.2). No es explicación bastante el que la STC 4/1981 hubiese salvado las autorizaciones o aprobaciones que ahora se recogían. Si se plasmaron en el Texto Refundido de 1986 es porque se entendió que, además de constitucionales, no se veían afectadas (excluidas) por el catálogo cerrado de la LRBRL; o sea, que este Texto implícitamente declara (en algo similar a una interpretación auténtica) que la LRBRL no se opone a esta fórmula de control estatal o autonómica. Y nadie, que yo sepa, hizo reparos. En cualquier caso, no le fue a la zaga la Ley de Haciendas Locales aprobada en 1988 que igualmente consagró varias autorizaciones y aprobaciones que ahora lucen, incluso con algunas incorporaciones posteriores, en el Texto Refundido de 2004 (arts. 48 bis 5, 53, DA 16.ª...).

Y hoy hay nuevos supuestos. Por ejemplo, en el artículo 52.5.e) del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana se exige la «autorización previa del órgano que ejerza la tutela financiera»

<sup>61</sup> De hecho, como advirtió L. COSCULLUELA MONTANER (1991: 166), «la moderna doctrina» creyó «incompatibles» con la autonomía «los controles *a priori*» y sólo juzgaba «admisibles los controles (...) *a posteriori*».

<sup>62</sup> J. TORNOS MAS (1992): «La actividad de control sobre los entes locales», en *Informe sobre el Gobierno Local*. Madrid: MAP; Fundació Carles Pi i Sunyer, pags. 108-109; y T. CANO CAMPOS (2007: 1.292-1.294).

<sup>63</sup> E. GIMÉNEZ I CORRIONS (2001: 188-190).

para usar el patrimonio municipal del suelo en reducir deuda. Autorización ésta, además, aceptada por la STC 101/2017, de 20 de julio (FJ 5) con una argumentación bien simple y poco exigente. Confiesa que esta «autorización (...) constituye, en principio, una intervención más penetrante desde la perspectiva de la autonomía municipal». Pero la admite porque sirve «a la preservación del patrimonio municipal del suelo y, en última instancia, a los intereses supralocales (sociales, medioambientales, culturales) que justifican su regulación como un patrimonio público separado vinculado a finalidades determinadas». Si esto es lo único que se exige, las leyes sectoriales se pueden poblar de autorizaciones de control.

Otro ejemplo destacable es el de la autorización exigida para la creación (o adhesión o modificación) con participación de entes locales españoles de las llamadas Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial<sup>64</sup>. Está regulada en el Real Decreto 23/2015, de 23 de enero. Compete otorgarla al Ministerio de Administraciones Públicas (excepcionalmente al Consejo de Ministros) tras un complicado procedimiento. No nos importan aquí los intrínquilos de ese sugestivo Real Decreto<sup>65</sup> sino el mero dato de la exigencia de una autorización<sup>66</sup> sin la cual un ente local español no podrá integrarse en esas Agrupaciones<sup>67</sup>.

### **b) Fórmulas que eventualmente pueden canalizar controles equivalentes: procedimientos bifásicos e informes vinculantes**

Por otro lado no puede dejar de traerse a colación el artículo 62 LRBRL. Se refiere a los llamados procedimientos bifásicos, esto es, procedimientos en los que parte sustancial de la tramitación corresponde a la Administración local pero la decisión final compete a la Administración estatal o autonómica. La Administración local, según los casos, formulará una propuesta o incluso producirá una aprobación provisional; pero la verdadera y propia resolución –que puede tomar la forma de aprobación definitiva– competirá a órganos administrativos estatales o autonómicos. Se puede decir, y es lo ortodoxo, que aquí no hay un instrumento de control similar a una aprobación de tutela; que, muy diferentemente, lo que establece es una forma de atribución de competencias locales y estatales o autonómicas con un procedimiento al servicio de la coordinación<sup>68</sup>. En esa dirección se pronunció la STC 214/1989 para salvar su constitucionalidad. Vale. Puede ser así. Pero también puede ser una forma fácil de enmascarar aprobaciones cuya única finalidad es un control de la decisión local producida en un ámbito de competencias locales; por tanto, en el fondo, una aprobación de tutela<sup>69</sup>. De hecho, el caso muy significativo de la aprobación de planes de urbanismo por la Administración regional (normalmente sólo de los planes generales) comprende, entre otras cosas, según la jurisprudencia, un control de la legalidad de la decisión local y, por tanto, además de expresión de competencias autonómicas para la protección de intereses suprarregionales, un medio de tutela<sup>70</sup>. Sea como fuere, al margen ya de ese supuesto, el artículo 62 LRBRL ofrece una vía cómodamente transitable para introducir aprobaciones similares a las clásicas de tutela.

<sup>64</sup> Reguladas en el Reglamento (CE) N.º 1082/2006, del Parlamento y del Consejo de 5 de julio, con versión modificada por el Reglamento (UE) N.º 1302/2013, del Parlamento y del Consejo de 17 de diciembre de 2013.

<sup>65</sup> Está plagado de aspectos interesantes. Especialmente porque permite al Consejo de Ministros prohibir toda actividad de estas Agrupaciones en territorio español, acordar su disolución, pedir a los miembros españoles que la abandonen por razones de orden, seguridad y salubridad pública o, más ampliamente por ser contrarias al interés público (arts. 12 y 13), todo lo cual sólo es comprensible si se parte de que tales Agrupaciones no son ellas mismas entidades con autonomía y que la integración en ellas de los entes locales españoles tampoco forma parte de su autonomía o que en los Reglamentos europeos que las regulan hay cobertura para ello. Vid. G. M. DÍAZ GONZÁLEZ (2019): *La acción exterior local. Bases constitucionales*. Madrid: Iustel, págs. 322-324, 332-333, 343-345.

<sup>66</sup> En realidad, el Real Decreto habla unas veces de autorización y otras de aprobación (arts. 4.1 y 7.3). Creo que se trata más propiamente de una autorización. En igual sentido G. M. DÍAZ GONZÁLEZ (2019: 321).

<sup>67</sup> Lo discutible a este respecto es si la imposición de esa autorización podía establecerse en un reglamento dado que, como antes recordamos, todos los medios de interferencia de una Administración sobre otra, máxima si ésta tiene autonomía garantizada por la Constitución, necesitan consagración en ley. Pero en este caso el Reglamento Europeo (art. 4) satisface la exigencia de ley. Vid. G. M. DÍAZ GONZÁLEZ (2019: 307-309, 320-322, 328-345). En su interesante y certera exposición, dudas suscita, sin embargo, su rechazo a que la autorización pueda denegarse por razones de oportunidad.

<sup>68</sup> Pone el acento en lo primero (forma de distribución de competencias) y niega más bien lo segundo (cauce de coordinación) J. L. RIVERO YSERN (2007): «Comentario al artículo 62», en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Valencia: Tirant lo Blanch, II, págs. 1.491-1.495.

<sup>69</sup> Llega a afirmar E. GIMÉNEZ I CORRIONS (2001: 184) que, aunque el artículo 62 LRBRL suele considerarse mecanismo de coordinación, «en realidad, lo que está consagrando es una tutela» que, además, «permite un auténtico e indeterminado control de oportunidad». Igualmente J. M. DÍAZ LEMA (2006: 202-203): «la participación en procedimientos bifásicos enmascara en realidad un auténtico control o tutela administrativa». Y antes L. MORELL OCAÑA (1984: 157): «los procedimientos bifásicos (...) son una evolución de las aprobaciones hacia una más intensa intervención estatal...».

<sup>70</sup> Por eso DÍAZ LEMA (2006: 225-226) dice que la aprobación autonómica de planes urbanísticos no encaja en el art. 62 LRBRL.

Tampoco huelga notar que en ocasiones los informes vinculantes de la Administración estatal o autonómica pueden cumplir una función idéntica a una autorización de control o tutela<sup>71</sup>.

Con frecuencia no es así sino que, por el contrario, los informes estatales o autonómicos que han de pedir y respetar los entes locales antes de adoptar determinadas decisiones son sólo expresión de competencias concurrentes de esas otras Administraciones. Hay una consolidada jurisprudencia constitucional que confirma esa conceptualización. La compendió bien la STC 57/2015, de 18 de marzo, en su FJ 15.b): aunque convierten la decisión final en un «acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades», son lícitos esos informes vinculantes cuando responden al propósito de integrar dos competencias concurrentes con títulos diversos y objeto jurídico distinto; y cuando el carácter vinculante «se ciña a la consideración de aquellos aspectos que trasciendan a la esfera de lo municipal y determinen la denegación (...) por afectar a intereses supramunicipales». Igualmente, FJ 7.d) de la STC 154/2015, de 9 de julio, que se enfrentó a una norma andaluza que imponía a los Municipios un informe vinculante para unas concretas determinaciones de los planes de urbanismo relativas a vivienda de protección pública:

«... el informe vinculante previsto en el precepto impugnado no es una técnica de control sometida al régimen establecido en los arts. 60, 61, 65 y 66 LRBRL. Se está ante un mecanismo destinado a lograr la “acomodación o integración entre dos competencias concurrentes”...».

A este modelo responden multitud de informes vinculantes que han de pedir las Administraciones locales para, señaladamente, aprobar planes de urbanismo (así, los previstos en la Ley de Aguas, Costas, Carreteras, Telecomunicaciones, etc.). Nada que objetar. En efecto, no son esos informes vinculantes expresión de tutela sino de coordinación.

Pero es obvio que en otros casos los informes vinculantes son un medio de control de la legalidad de la actuación local<sup>72</sup> y en algunos de ellos podría canalizarse una real tutela. Era el caso, según creo, del informe estatal vinculante impuesto a Ceuta y Melilla para aprobar planes parciales y que la STC 240/2006, de 20 de julio, admitió por el hecho que de que existen «sólidas razones que justifican la intervención de la Administración estatal en la actividad de planeamiento urbanístico en el territorio de dicho municipio», por «la especial incidencia en Ceuta de intereses supralocales». Y es el caso, según creo, del que ahora impone el artículo 7.4 LRBRL (redacción dada por Ley 27/2013) para que las Administraciones locales ejerzan competencias distintas de las propias y delegadas y en los que se «señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias». La STC 41/2016, de 3 de marzo, no lo vio así y afirmó en su FJ 11.b) que «para valorar si el artículo 7.4 LRBRL es compatible con la garantía de la autonomía local, no resulta aplicable la doctrina constitucional relativa a los controles sobre los entes locales»; ello con el extravagante argumento de que lo que hay en ese precepto son «técnicas para la delimitación de las competencias locales, no instrumentos que permiten a una Administración supralocal interferir en el desarrollo autónomo de las competencias locales efectivamente delimitadas o atribuidas». El papel lo resiste todo, incluso esta afirmación. Pero lo que con toda evidencia hay en el precepto es la necesidad de que una Administración superior exprese previamente que se dan las condiciones exigidas por la ley para que un ente local pueda ejercer determinadas competencias y eso, aunque se quiera camuflar de no sé qué cosa, es un control previo de legalidad que funciona en esencia como una clásica autorización de tutela. Y lo mismo que lo es en este caso lo puede ser en otros. Lo que sucede más simplemente es que la exigencia de ese informe y su carácter vinculante no es contrario a la autonomía local consagrada por la Constitución como no lo son, si cumplen ciertas condiciones, las autorizaciones de tutela, según dejó claro la STC 4/1981.

En definitiva, por esta vía de los informes vinculantes, se les configure de una forma o de otra, caben sobresalientes interferencias (similares a las de una autorización de tutela) de las Administraciones estatal y autonómicas en el ejercicio de sus competencias por los entes locales. Y a este respecto, sin embargo, el legislador tiene reconocida una amplia posibilidad de configuración que no choca con la LRBRL.

<sup>71</sup> R. BOCANEGRA SIERRA (1979): “Nueva configuración de la tutela sobre las corporaciones locales”, en *Documentación Administrativa*, núm. 189, pág. 383; A. FANLO LORAS (1990: 439); E. GIMÉNEZ I CORRIÓNS (2001: 195-198).

<sup>72</sup> Así, aquellos que deben pedir los entes locales al Consejo de Estado o a los sucedáneos autonómicos. Aunque, por ser comunes a otras Administraciones y por su naturaleza, no deban ser considerados expresión de tutela, lo cierto es que, como dijo L. COSCULLUELA MONTANER (1991: 170), ahí puede verse «una forma de control de la legalidad» de las actuaciones locales «realizada por un órgano de la Administración del Estado». Y, por cierto, un control de la legalidad con notable virtualidad y gran potencialidad.

**c) ¿Pueden las leyes autonómicas prever autorizaciones o aprobaciones de este género?**

Aun aceptando, como aquí hacemos, que es posible que las leyes estatales sectoriales sometan ciertas actuaciones locales a la necesidad de autorizaciones, aprobaciones o similares de las Administraciones superiores, cabe dudar que eso mismo lo puedan hacer por su cuenta las leyes autonómicas. Aparentemente la STC 82/1993, de 8 de marzo, inclina por una respuesta negativa. Enjuició una norma valenciana a cuyo tenor «las Corporaciones Locales que no cuenten con Cuerpos de Policía Local podrán, previa autorización del *Consell de la Generalitat*, crear puestos de trabajo de Auxiliar de la Policía Local...». La STC declaró inconstitucional esa autorización por oponerse a la autonomía local. Podría pensarse que el TC no acepta que las leyes regionales sometan decisiones locales a autorizaciones de la Comunidad autonómicas ni siquiera en una materia, como es la de policía local, en la que a éstas compete la coordinación. Pero el razonamiento de la sentencia no permite una conclusión general. Y es que la anulación se fundamentó en que la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad otorgaba competencia a los Municipios para aprobar la plantilla de ese personal sin intervención de las Comunidades Autónomas. Así, además de que esa STC es de acierto más que discutible, no puede deducirse de ella una exclusión total y en todo caso de la exigencia de autorizaciones impuestas por leyes autonómicas. En sentido contrario cabe argüir que, como quedó claro con la STC 4/1981, las autorizaciones de control no son necesariamente incompatibles con la autonomía local tal y como es garantizada por la Constitución. Para que su instauración estuviese prohibida a las leyes autonómicas habría que afirmar que implícitamente quedaron prohibidas por la LRBRL. Y ya hemos visto que no fue eso lo que se entendió. Sobre todo cabe añadir que cuando el artículo 52.2.a) LRBRL permite a las leyes sectoriales someter los actos locales a aprobación se está refiriendo tanto a las estatales como a las autonómicas; y que el artículo 62 LRBRL pone a disposición de todas las «leyes reguladoras de la acción pública», entre las que están las autonómicas, la posibilidad de instaurar procedimientos bifásicos con aprobación final de la Administración regional. Si se permite esa sujeción a aprobaciones, no debe haber inconveniente a que la sometan a autorizaciones, que cumplen una función de control idéntica; o que, conforme a lo recién explicado, impongan informes vinculantes asimilables a éstas.

**C) Suspensiones administrativas de actos locales como medida provisional para asegurar la eficacia de futuras decisiones estatales o autonómicas**

Las suspensiones que quedan prohibidas a las leyes autonómicas son las que se producen en función de tutela pero no las que están al servicio de competencias autonómicas concurrentes con las locales. La STC 148/1991, de 4 de julio, fue pionera. Se cuestionaba un precepto que permitía suspender actos de uso del suelo (aunque estuvieran amparados por licencia municipal) si se estaba tramitando por la Comunidad Autónoma un plan ambiental; después, si se comprobaba que no impedía la efectividad del plan ambiental, se levantaba la suspensión. El TC aceptó su constitucionalidad «por la sencilla razón de que este precepto no establece un instrumento para controlar administrativamente la legalidad de los actos municipales (...). Aun cuando la Comunidad Autónoma (...) suspendiera obras u otros usos del suelo amparados por una licencia local, (...), no estaría ejerciendo un control de la legalidad de dicho acuerdo. El fundamento de la medida de suspensión (...) no es la defensa de la legalidad (...). En puridad, la premisa sobre la que opera (...) es que las licencias han de ser conformes con los planes proyectados (...); pues su punto de referencia no lo ofrecen las normas en vigor, sino las futuras (...). La finalidad de esta suspensión cautelar es, lógicamente, evitar el riesgo de que las obras y aprovechamiento que se lleven a cabo durante el tiempo empleado en tramitar y aprobar definitivamente la disposición protectora (...) no generen o consoliden situaciones que, aunque conformes con la ordenación aún vigente, sean contradictorias con las disposiciones y las limitaciones que se vayan a aprobar...». Y concluye:

«Al no encontrarnos ante una técnica para el control administrativo de la legalidad de los acuerdos adoptados por las Corporaciones Locales, resulta imposible aceptar el planteamiento que cimienta las alegaciones del Presidente del Gobierno. En primer lugar, son inaplicables a este supuesto las normas básicas sobre impugnación de actos locales que establece la LRBRL. Y, en segundo lugar, al constituir la suspensión cautelar un instrumento que sirve a la defensa de competencias propias de la Administración autonómica, no puede decirse que su existencia entrañe un atentado a la autonomía local...»<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> Sobre esta STC, *vid.* A. FANLO LORAS (1993: 175-183). Esta jurisprudencia encontró confirmación en la STC 36/1994, de 10 de febrero, que conoció de un recurso de inconstitucionalidad contra una Ley murciana reguladora de los usos del Mar Menor. Se

Esta facultad no sólo permite suspender la eficacia de actos locales ya dictados; también puede entrañar la suspensión de la eficacia de normas o planes aprobados por la Administración local; y asimismo, aunque ya esto se aleja de lo que ahora más directamente nos interesa, permite acordar que durante un tiempo el ente local no pueda producir nuevos actos (v. gr., nuevas licencias municipales) o nuevas normas o planes (así, aprobación municipal de un nuevo plan urbanístico).

En suma, estamos, no ante un medio de control administrativo de actos locales, sino ante una medida provisional subsumible en la categoría general de las previstas en el artículo 56 LPAC [aunque atípica, como las admite el apartado 3.i) de ese mismo artículo 56] de un procedimiento administrativo tramitado por la Administración del Estado o la autonómica que, en el ejercicio de sus competencias y para «asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer», suspende la eficacia de actos o normas locales o impide transitoriamente su aprobación. Pero aun reconociendo que no se trata de un medio de tutela, lo cierto es que descubrimos aquí un medio de intromisión potente en la actuación local al alcance del legislador autonómico.

#### **D) Decisiones estatales o autonómicas contra las actuaciones privadas ilegales aunque cuenten con autorizaciones locales**

La anulación o suspensión de los actos administrativos locales autorizatorios (de los que son arquetipo las licencias municipales) es distinta de la prohibición o suspensión de la actividad privada autorizada por tales actos locales; si ésta prohibición o suspensión es acordada por la Administración estatal o autonómica en atención a razones de legalidad distintas de los vicios del acto local (por tanto, no basándose en la ilegalidad de éste) es perfectamente posible sin que a ello se oponga la autonomía local ni siquiera en su configuración por la LRBRL. En realidad, en esa hipótesis de ningún modo se afecta siquiera a la autonomía local.

Pensemos en una construcción que se está realizando tras obtener la licencia municipal de obras; pero que vulnera otra legislación cuya ejecución compete a la Administración estatal o autonómica; por ejemplo, conculca la legislación sobre seguridad aérea o sobre instalaciones militares o la de aguas o la industrial o la ambiental... Ya sea porque la transgrede en aspecto materiales (aspecto materiales que no tuvieron que ser objeto de valoración a la hora de otorgar o denegar la licencia municipal y sobre la que ésta, por tanto, no se pronunció) ya sea porque la infringe en aspectos formales (destacadamente por no contar con una autorización estatal o autonómica que también, además de la licencia municipal, era preceptiva).

En tales hipótesis, la Administración estatal o autonómica (una u otra, según cuál sea la competente en la materia) podrá acordar la paralización de las obras (o, en su caso, la demolición) sin que en ello esté en juego la autonomía local ni haya ningún roce con los artículos 65 a 67 LRBRL. Y ello porque con esta decisión la Administración estatal o autonómica no estará cuestionando la legalidad del acto administrativo local (la licencia de obras en nuestro ejemplo), que queda intacta. No hay reproche alguno al acto local; no se le enjuicia o valora de ningún modo. Ese acuerdo estatal o autonómico de paralización o de restablecimiento de la realidad física alterada se basará en que la edificación es contraria a la legalidad, pero a una legalidad distinta de la que pudo ser controlada y declarada por el Ayuntamiento. Ni está diciendo con ello que la licencia municipal sea ilegal ni tendría ningún sentido que para proteger la legalidad vulnerada la recurriera. No están destruyendo la presunción de validez del acto local, que sigue incólume. A fuer de exactos, esa decisión estatal o autonómica ni siquiera hace cesar los efectos de la autorización local, aunque sí la deja desprovista de utilidad práctica para el licenciatario. Aunque proceda a demoler lo erigido con aquella licencia municipal no se está afirmando que ésta sea ilegal. Simplemente estará diciendo que lo que el particular hace o ya ha hecho es ilegal por otras razones.

---

impugnaba un artículo que disponía: «El Consejo de Gobierno, en el Decreto por el que se aprueben las Directrices de ordenación territorial, acordará la suspensión de licencias de parcelación de terrenos y edificación de todos aquellos casos en que exista contradicción entre las previsiones de las Directrices de ordenación y los planeamientos municipales afectados, hasta tanto se salve dicha contradicción y con el límite de un año desde la aprobación de las Directrices». La sentencia, en su FJ 7 niega que se conculque la autonomía local: «La facultad de suspensión atribuida en este precepto a la Comunidad Autónoma no supone ningún control administrativo de la legalidad de los actos municipales tendente a examinar la conformidad a Derecho de las licencias individualmente consideradas a efectos de su conformación, modificación o anulación. Se trata, por el contrario, de una medida cautelar (...) que pretende salvaguardar la eficacia de las competencias autonómicas de ordenación territorial regulando el régimen de adaptación de los instrumentos de planificación y urbanísticos municipales a las supraordenadas Directrices de Ordenación del Territorio, mediante la suspensión temporal y genérica de los efectos de las licencias de parcelación y edificación no ejecutadas. De acuerdo con ello y con la doctrina establecida en la STC 148/1991 (...), al no constituir la facultad de suspensión prevista (...) una técnica de control administrativo de la legalidad de los actos municipales, sino un instrumento cautelar al servicio de la defensa de competencias propias de la Administración autonómica, no puede decirse que su existencia entrañe un atentado a la autonomía local».

Lo que acabamos de afirmar es importante porque da medios a las Administraciones estatal y autonómicas para garantizar la legalidad que más les incumbe sin encontrar impedimento en la LRBRL: se entienden directamente aquellas Administraciones con el particular infractor sin que haya ninguna relación con la Administración local que dio una autorización, Administración ésta que queda completamente al margen del conflicto. Es una posibilidad implícita en muchas leyes pero que merece explorarse más en otras leyes para que las Administraciones estatal y autonómicas puedan garantizar la legalidad sin afectar a la autonomía local. Y para lo que nos ha traído hasta aquí lo importante es notar que también por esta vía encuentran las Comunidades Autónomas una posibilidad que dulcifica sus limitaciones en cuanto a medios de control sobre los entes locales.

### E) Recursos contra actos locales ante órganos administrativos estatales o autonómicos

La autonomía local no parece compatible con la posibilidad de que una ley establezca que los particulares puedan impugnar los actos locales antes órganos administrativos estatales o autonómicos lo que comportaría que éstos anulasen los actos locales impugnados. Además de ser poco concorde con la noción abstracta de autonomía, resulta aun más contradictorio con la autonomía que diseña la LRBRL y está implícitamente excluido por su artículo 52 LRBRL. Por eso hoy no se admite el recurso de alzada impropia contra actos locales. Pero lo cierto es que sí que hay algunos recursos administrativos especiales que comportan que los actos locales sean impugnados ante órganos administrativos estatales o autonómicos. Pienso en dos casos:

- El artículo 41.4 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) admite que las Comunidades Autónomas impongan que los actos locales en materia de contratación se recurran ante sus propios tribunales especiales regionales.
- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 y en la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 19/2013 de Transparencia, los actos locales sobre acceso a la información pública son impugnables antes órganos administrativos estatales o autonómicos.

Si la existencia de esos recursos ante órganos estatales o autonómicos depende de la voluntad de cada ente local no se plantea problema. Y es eso lo que se ha previsto en varias normas autonómicas sobre contratación. Pero en la LCSP no se exige esa voluntad local ni en la Ley de Transparencia se da ninguna opción a los entes locales. El hecho de que esos recursos sean potestativos no altera nada: son potestativos para el recurrente, no para las Administraciones recurridas, incluidas las locales que, por tanto, ven como sus decisiones pueden ser anuladas por un órgano administrativo estatal o autonómico. El fenómeno evoca a lo que otrora sucedía con los tribunales económico-administrativos del Estado cuando eran competentes para resolver recursos contra ciertos actos locales; pero, como ya se dijo antes, eso lo suprimió la LRBRL precisamente por considerarlo contrario a la autonomía local.

A partir de ahí se podrá decir lo que se quiera: que estos dos recursos están previstos en leyes estatales, no sometidas, por tanto a la LRBRL (pero, un recurso ante órganos administrativos estatales ¿no es contrario a la autonomía consagrada por la misma Constitución?); que no se trata de órganos administrativos ordinarios sino con una independencia funcional notable (¿pero eso basta para plagar el ordenamiento de recursos contra actos locales ante órganos administrativos estatales?); que encuentran fundamento en el artículo 112.2 LPAC (pero ese precepto si acaso permitiría atribuir la resolución a órganos de la propia Administración local, no a órganos de otra Administración y ni siquiera se respeta lo dispuesto en el párrafo tercero de ese artículo 112.2, esto es, que las vías impugnatorias no entrañen «desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos»); que esos órganos no ejercen potestades de tutela sino que, aunque no judiciales, ejercen una función jurisdiccional que se proyecta también sobre los actos de su propia Administración; etc. Vale. Quizá todo esto los salve de inconstitucionalidad. Pero precisamente si se admite su constitucionalidad se abre una de esas válvulas de escape de las que hablamos y la posibilidad de que las Comunidades Autónomas exploren esta vía en diversos sectores. Acaso, si la competencia para resolver se atribuye a autoridades administrativas independientes se refuerce este cauce.

### F) ¿Exigencia de que el ente local tramite la revisión de oficio de sus actos?

No cabe que una ley prevea que la Administración estatal o regional anule *motu proprio* actos locales (se desprende de la STC 11/1999, de 11 de febrero). Tampoco que ponga en manos de esas Administraciones

la revisión de oficio de los actos locales. Lo afirmó tajantemente la STC 148/1991, de 4 de julio, que anuló un precepto de una Ley de Canarias que permitía a la Administración autonómica proceder «a la anulación de la licencia (local) por el procedimiento establecido para la revisión de oficio»: «la revisión estatal de actos locales definitivos en vía administrativa pereció con la Constitución, que abolió la subordinación cuasi jerárquica a que se veían sometidas las Corporaciones locales, en virtud de la antigua concepción que las asimilaba a los menores de edad».

Pero sí ha sido habitual que las Comunidades Autónomas, cuando se les habían pasado los plazos para los contencioso-administrativos de los artículos 65 y 66 LRBRL, instaran del respectivo Ayuntamiento esa revisión. Sirviéndose del artículo 106.1 LPAC (o, antes, del art. 102.1 Ley 30/1992) solicitaban que la Administración local de turno procediera a la revisión de oficio del acto en cuestión y, después, en su caso, si la respuesta municipal no le satisfacía (o no respondía, dando lugar a silencio negativo), interponían recurso contencioso-administrativo ordinario donde ejercían la acción de nulidad. Tal estratagema dio resultado y hasta obtuvo el beneplácito de los tribunales<sup>74</sup>. Parece que finalmente el TS trata de poner término a ese postizo añadido a lo que, según la jurisprudencia, es el cuadro cerrado de medios de la LRBRL<sup>75</sup>. Pero, si no fuese así, habría aquí otro cauce –y muy amplio y relevante– para complementar el catálogo de instrumentos de control de la LRBRL.

### G) Subrogaciones fuera del radio de la LRBRL

Ya vimos cuan puntilloso se muestra el TC con las normas autonómicas que prevén subrogaciones y cómo las anula si no se ajustan milimétricamente al artículo 60 LRBRL. Pero hay otras subrogaciones (o algo parecido) que parecen quedar al margen de ese molde y del escrutinio implacable del TC. Dice por ejemplo el artículo 84.4.3.º del Texto Refundido de la Ley Tráfico:

«Los Jefes Provinciales de Tráfico y los órganos competentes que correspondan, en caso de comunidades autónomas que hayan recibido el traspaso de funciones y servicios en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, asumirán la competencia de los Alcaldes cuando, por razones justificadas o por insuficiencia de los servicios municipales, no pueda ser ejercida por éstos».

Pero no sólo las hay en las leyes estatales. También en las autonómicas. Ejemplo hay en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, reguladora del Derecho a la Vivienda. Su artículo 130 dispone:

5. En el ejercicio de la competencia sancionadora, las relaciones interadministrativas deben responder, en términos generales, al principio de subsidiariedad. En el caso de los municipios que no dispongan de los medios materiales y humanos necesarios para llevar a cabo dichas competencias, el departamento competente puede asumir su ejercicio.
6. La inactividad sancionadora de un ente local también puede dar lugar a que se subroge el departamento competente en materia de vivienda o de consumo, en función de la naturaleza de la sanción.

Reténgase que el precepto invoca como justificación el principio de subsidiariedad. Y en la misma línea hay algo de esto, mezclado con otras cosas, en el artículo 63.2 de la Ley madrileña de protección del consumidor que, tras enunciar las competencias municipales en la materia, añade: «Las competencias contempladas en el apartado anterior serán asumibles directamente por los órganos competentes (...) de la Comunidad de Madrid (...) siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) Carencia de medios de las entidades locales; b) Inactividad o abstención grave y permanente de la actuación municipal...». Este supuesto segundo habría que reconducirlo al artículo 60 LRBRL; pero el primero sería otra cosa.

<sup>74</sup> Lo expuse y critiqué primero en 2010: “Revisión de oficio de los acuerdos locales a instancia de la Administración estatal y autonómicas”, en RUIZ OJEDA, A. (coord.): *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*. Madrid: Iustel, págs. 453 y ss.; y, después, en 2012: “Legitimación de las Administraciones autonómicas para instar la revisión de oficio de los acuerdos municipales”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.): *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Cizur Menor (Navarra): Civitas, I, págs. 2.019 y ss.

<sup>75</sup> STS de 12 de abril de 2016 (Recurso de Casación núm. 3550/2014; art. 1.674). *Vid.* el muy interesante y documentado comentario de A. BUENO ARMIJO (2017): “La falta de legitimación de la Administración autonómica para instar la revisión de oficio de actos locales”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 97, págs. 69-100.

Si se contrastaran estas normas con el artículo 60 LRBRL en la forma en que lo ha venido haciendo el TC con otras, el resultado sería ineludible: serían inmoladas en el altar erigido a la autonomía local por la LRBRL. Pero probablemente haya que distinguir las subrogaciones establecidas en función de control o tutela, que serían las sometidas al canon inexorable y fatal del artículo 60 LRBRL, y otras que son un cauce de cooperación o del llamado principio de subsidiariedad y que admiten la actuación estatal o autonómica, sin reproche alguno para la Administración local, en sustitución de la local por su falta de medios. Incluso cabe sostener que lo que puede haber en estas subrogaciones *sui generis* es sólo una forma de consagrar una competencia alternativa<sup>76</sup>. Si en la subrogación propiamente dicha, la de tutela, se transfiere el ejercicio de la competencia pero no su titularidad<sup>77</sup>, en estas otras la Administración estatal o autonómica no estaría ejerciendo una competencia ajena, sino una competencia de su propia titularidad aunque condicionada a que no la haya ejercido antes el ente local.

Con esto se abren flancos que deja abiertos la jurisprudencia constitucional expuesta, por más que se presente como inflexible. Puede depender de la habilidad del legislador autonómico presentar subrogaciones con las que se libere de la rigidez del artículo 60 LRBRL.

## H) Actividades locales subvencionadas

La abundancia con que los entes locales se financian gracias a auténticas subvenciones estatales y autonómicas también ha permitido notables intromisiones de esas Administraciones en la libre gestión local. Al ser por definición transferencias finalistas, no sólo se consigue con ellas restringir la autonomía de gasto y dirigir la actividad local a concretos fines, sino que da título para intensas potestades de control de la actividad subvencionada<sup>78</sup>. La CEAL pone frenos en su artículo 9.7: «En la medida de lo posible, las subvenciones concedidas a las Entidades locales no deben ser destinadas a la financiación de proyectos específicos. La concesión de subvenciones no deberá causar perjuicio a la libertad fundamental de la política de las Entidades locales, en su propio ámbito de competencia»<sup>79</sup>. Pero incluso respetando este precepto es mucho lo que por esta vía el Estado y las Comunidades Autónomas pueden condicionar a los entes locales y entrometerse en su gestión sin que a ello oponga nada específico la LRBRL.

## I) Sanciones a las entidades locales

Como vimos no prevé la LRBRL ninguna posible sanción a los miembros de las corporaciones locales por las Administraciones superiores. Seguramente eso es lo que ha llevado a la Ley 19/2013 de transparencia y buen gobierno a atribuir la competencia para sancionar las infracciones de los altos cargos locales a los órganos de su propia Administración, en concreto, al cabo, a la Junta de Gobierno [art. 31.4.c)], lo que, por cierto, dicho sea de paso, las condena a su inoperancia salvo que el infractor, además de ser tal, se lleve muy mal con sus compañeros. Con seguridad habría sido mejor confiar esa potestad sancionadora a la Administración estatal o autonómica, en concreto, a alguna autoridad independiente.

Pero sí se acepta y hasta se ha convertido en algo relativamente normal que las Administraciones estatal y autonómicas impongan sanciones a los entes locales en virtud de distintas leyes sectoriales (las de Aguas, Costas, defensa de los consumidores, seguridad laboral...). En general, esto no afecta a la autonomía local, según tiene declarado el TS. Así, en su sentencia de 7 de noviembre de 2007 (Art. 1.420 de 2008): «si la conducta municipal constituye una infracción administrativa no existe obstáculo constitucional alguno para el ejercicio de la potestad sancionadora por el órgano estatal o autonómico que la tenga atribuida, sin que el principio de autonomía local pueda impedir la tramitación del procedimiento sancionador en el que se

<sup>76</sup> La idea la apuntó R. GÓMEZ-FERRER MORANT (1987): "Legislación en materia de urbanismo: competencias de la Comunidad y novedades más significativas", en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (coord.): *Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid*. Madrid: Civitas, págs. 481-482. Allí distinguió entre los supuestos en los que se parte de una competencia del municipio en la que eventualmente se puede subrogar la Administración autonómica y aquellos otros en que se establecen competencias alternativas del Municipio y de la Comunidad Autónoma de modo que ésta puede ejercer su propia competencia aunque a condición de que no lo haga el municipio. En este segundo caso, explicaba, no quedaría afectada la autonomía local por tratarse de una competencia subsidiaria.

<sup>77</sup> Como explica M. GÓMEZ PUENTE (2000): *La inactividad de la Administración*. Elcano (Navarra): Aranzadi. 2.ª ed., pág. 920.

<sup>78</sup> Sobre esto y algunas de las patologías A. FANLO LORAS (1997): "Relaciones de cooperación y nuevas tutelas", en *Anuario del Gobierno Local*, especialmente pág. 154.

<sup>79</sup> I. LASAGABASTER HERRARTE (2007: 78-79).

resuelva sobre el incumplimiento imputado». Pero en algunos casos no es tan claro. Especialmente cuando se sancionan acciones del ente local que son pura ejecución de sus actos administrativos; y es extraño que se mantenga a capa y espada que las Administraciones estatal y autonómicas no pueden anular ni suspender los actos locales, que para ello deben acudir a los jueces y que, sin embargo, puedan imponer severas sanciones por esos mismos actos.

Sea como fuere y aunque se reconozca que no se trata de un medio de tutela, lo cierto es que hay aquí un potente medio de intromisión de las Administraciones estatal y autonómica en la actuación de las locales. Y debidamente explorado y explotado abre interesantes posibilidades.

## J) Informes preceptivos no vinculantes de las Administraciones estatal o autonómica

Aunque en la LRBRL (ni es su redacción originaria ni en la actual) aparece la posibilidad de que como medio de control se prevean informes preceptivos no vinculantes de las Administraciones superiores, los creo admisibles porque son una forma de interferencia tan suave (deja intacta la libertad de decisión del ente local y sólo le obliga, como máximo, a reforzar su motivación) que se pueden estimar compatibles con la regulación de la LRBRL. Incluso cabe decir que no son exactamente un medio de tutela sino que están a caballo entre una forma de control y una forma de cooperación mediante el asesoramiento. Aun así, pueden ser muy útiles: además de lograr un conocimiento previo por parte del Estado o de la Comunidad Autónoma y permitirle expresar su opinión (quizá también su propósito de emprender después los cauces de los artículos 60, 61 y 65 a 67 LRBRL), contribuyen a que la voluntad local se forme mejor, influyen<sup>80</sup> y obligan, al menos, a motivar el apartamiento.

Numerosas leyes autonómicas los prevén, por ejemplo, para los planes de urbanismo cuya aprobación definitiva compete a los Ayuntamientos<sup>81</sup>. Pero también las leyes estatales han explorado esta vía.

Ejemplo significativo ofrecen las Leyes 2 y 25/2014 sobre, respectivamente, la acción exterior y los acuerdos internacionales. La primera de ellas se limita a establecer que el Ministerio de Asuntos Exteriores debe informar con carácter previo los acuerdos internacionales administrativos y los no normativos que pretendan celebrar, entre otros sujetos, las Administraciones locales (art. 11.4.2.º). La segunda regula pormenorizadamente este informe que concretamente corresponde evacuar a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio aunque, a su vez, puede requerir otros informes como el del Ministerio de Hacienda. En esos informes la Administración del Estado ha de pronunciarse sobre la naturaleza del acuerdo proyectado, procedimiento y más adecuada instrumentación según el Derecho Internacional (arts. 39, 45, 52 y 53). En ningún momento se dice que tales informes sean vinculantes, por lo que ha de entenderse que no lo son; y no están formalmente configurados como medios de control sino más bien de asesoramiento y coordinación (arg. art. 4.2)<sup>82</sup>. Pero me parece indudable que más o menos soterradamente cumplen una función de control previo que resulta muy conveniente<sup>83</sup>. Además, el conocimiento previo de estos acuerdos internacionales facilitará, en su caso, la impugnación posterior del acuerdo que quizá, incluso, se pueda encauzar por la vía del artículo 67 LRBRL porque en este ámbito la afectación grave al interés general de España encuentra terreno propicio.

<sup>80</sup> F. SOSA WAGNER (1988): "La autonomía local", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 240, pág. 1.633, habla en estos casos de «influencia subcutánea en las decisiones locales».

<sup>81</sup> Dejemos al margen los informes no vinculantes que las Administraciones locales deben pedir al Consejo de Estado o similares autonómicos. Como generalmente son idénticos a los que deben solicitar otras Administraciones y dada la peculiar posición de estos órganos consultivos, podemos considerarlos extramuros de la tutela pero sin dejar de notar que, incluso así, también mediante ellos se encauza un control de legalidad de actos locales en manos de órganos administrativos que, a fin de cuentas, son estatales y autonómicos. *Vid.* L. COSCULLUELA MONTANER (1991: 170).

<sup>82</sup> Las mismas afirmaciones son extensibles a la regulación de los convenios de cooperación transfronteriza de entes locales españoles con entidades extranjeras (francesas y portuguesas). Esta cooperación, que tiene su fundamento en el Convenio Marco Europeo hecho en Madrid el 21 de mayo de 1980 y firmado por España en 1986, y en los Tratados de Bayona y Valencia (con Francia y Portugal) requiere según el Real Decreto 1317/1997, de 1 de agosto, que el ente local comunique a la Administración del Estado antes de su firma el proyecto de convenio. Ante ello el Ministerio correspondiente debe comunicar «la existencia o no de objeciones». Pero esas objeciones no prohíben la firma del convenio. Por eso lo que hay ahí es asimilable a un informe preceptivo pero no vinculante. De hecho, el preámbulo de este Real Decreto aclara que el control «no puede sustentarse (...) en una técnica aprobatoria» y que si se firma el convenio la Administración del Estado tendrá que acudir «para hacer valer su oposición» a los «medios (...) de la Ley reguladora de las bases de Régimen Local», o sea, a los de sus artículos 65 a 67. *Vid.* G. M. DÍAZ GONZÁLEZ (2019: 302-303, 318-320, 327-328), que por cierto afirma (pág. 327) que esta regulación por reglamento debe reputarse inválida, lo que creo hoy discutible.

<sup>83</sup> G. M. DÍAZ GONZÁLEZ (2019: 379 y ss.) no duda en calificar a este informe de «mecanismo de control» que «tiene por objeto la evitación de posibles extralimitaciones competenciales de las que resulte la irrogación de perjuicios a las relaciones internacionales del Estado».

Aunque con peculiaridades, oportuno es citar el ejemplo de los informes que emite la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal respecto a ciertas actuaciones de todas las Administraciones, incluidas las locales. Se trata de informes no vinculantes (art. 5.1 Ley Orgánica 6/2013). Pero la misma Ley es consciente de que esto tiene utilidad y por ello su Preámbulo afirma: «... el efecto de estos informes es muy relevante ya que si la Administración o entidad destinataria de los mismos no atiende sus recomendaciones deberá necesariamente motivarlo e incorporar dicho informe en el correspondiente expediente».

Al margen de estos ejemplos, lo cierto es que hay en estos informes no vinculantes un medio nada desdéniable al alcance de las Comunidades Autónomas sin que la LRBRL lo impida.

## 7. RECAPITULACIÓN Y APUNTES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN ASENTADA EN LA CARTA EUROPEA DE LA AUTONOMÍA LOCAL

Con cumplimiento de la ley del péndulo, nuestro Derecho pasó de un extremo al otro: de la tutela sobrecargada de la legislación franquista a la exigua y casi inexistente de la LRBRL, potenciada por la interpretación que de su texto hizo el TC. De ser los campeones de la tutela a ser los campeones de la autonomía local libre de tutela. Ni tanto ni tan calvo, que en el medio suele estar la virtud.

Ya hoy estamos en un punto intermedio entre esos dos extremos: no justamente en el centro, pero al menos tampoco en los extremos; más cerca del extremo al que se llegó en 1985, pero ya de vuelta de él, superada la enfermedad infantil del autonomismo rabioso. Ahora, como hemos visto, cabe decir, la LRBRL aprieta pero no ahoga. Si antes afirmaba que los medios de control parecían sota, caballo y rey –y en conjunto, pobres e insuficientes– ahora sabemos que el legislador estatal sectorial tiene otras cartas en la manga que puede sacar cuando lo vea necesario. Y que hasta las Comunidades Autónomas, aunque no puedan hacer eso mismo, con otras cartas aparentemente de diversa función y menos valor, también tienen sus bazas. En suma, se ha suavizado la insuficiencia y rigidez de la LRBRL y la realidad es ya distinta de la que pudo deducirse de su redacción inicial con su disolvente Preámbulo. Hay ahora un cierto equilibrio, pero inestable y azaroso.

Quizá convendría que ese punto intermedio, ese nuevo equilibrio entre autonomía local y tutela, se plasmase formal y sistemáticamente en la ley básica de régimen local en vez de resultar, como hasta ahora ocurre, de la suma de decisiones aisladas sin visión de conjunto, a veces, incluso, a hurtadillas, mediante subterfugios, para salvar sólo aparentemente el marco de la LRBRL.

O acaso podrían quedarse así las cosas y, sin reforma o sustitución de la LRBRL, dejar que el legislador estatal sectorial y –a su socaire y con más limitaciones– los autonómicos vayan adaptando y completando el cuadro de la LRBRL como, según hemos visto, ahora pueden hacer. Se evitaría así el riesgo de nuevos «bandazos irreflexivos»<sup>84</sup>. También se sortearía el peligro de nueva petrificación de un modelo fijo. Además, la perspectiva sectorial es la que permite adaptarse mejor a las necesidades que en cada ámbito se presentan y encontrar los instrumentos de tutela más adecuados<sup>85</sup>; la que permite mejor cumplimiento del principio de proporcionalidad, que de inmediato enalteceré.

Pero, se opte por una solución o por otra, lo que sí parece necesario es ofrecer un nuevo marco teórico que facilite la evolución legislativa (la de la ley general y/o la de las leyes sectoriales) y la de la jurisprudencia constitucional.

Ese marco teórico puede asentarse en parte –no en su totalidad ni exclusivamente– en la STC 4/1981 y las concordantes, despojadas de postizos superfluos. Pero sobre todo debe reconstruirse a partir de lo que a este respecto establece la CEAL que hasta ahora ha jugado un papel menor. La hemos dejado deliberadamente al margen de la exposición anterior precisamente porque ha tenido poca relevancia en la evolución que hemos descrito. Ahora pretendo convertirla en la piedra angular de la nueva construcción. No se trata sólo de que el legislador español al establecer medios de tutela deba respetar la Carta. Eso es indiscutible: se impone a los legisladores españoles con la fuerza propia de los Tratados Internacionales<sup>86</sup>. E indiscutible

<sup>84</sup> Contra ese riesgo previene FONT I LLOVET (2006: 16).

<sup>85</sup> Con acierto dijo A. FANLO LORAS (1993: 203) que «... es imposible desde una norma general de régimen local prever todas las peculiaridades de las técnicas de control (...) en tantos y tan diversos sectores (...) De ahí que la legislación sectorial esté en mejor posición para establecer técnicas peculiares de control (...) En definitiva, debiera primarse el título sectorial sobre el general (régimen local)».

<sup>86</sup> Vid. A. GALÁN GALÁN (2019): "Aniversario de la Constitución Española y de la Carta Europea de la Autonomía Local: los gobiernos locales en España", en *Istituzioni del Federalismo*, núm. 2, págs. 349-354; I. LASAGABASTER HERRARTE (2007 : 101-107);

resulta también que la ha respetado con creces porque lo que exige el TC es más que lo que impone aquella. Se trata no sólo de no vulnerarla sino de hacer una construcción sobre su base en cuanto contribuye a perfilar la imagen reconocible de la autonomía local y, por ello, subsumible en su garantía institucional. Así que, aunque no tiene el valor de la Constitución, indirectamente sirve para precisar el significado de la proclamación constitucional de la autonomía local y, más en concreto, para determinar en qué medida permite controles por las Administraciones superiores: frente a la desnuda proclamación de la autonomía local que luce en nuestra Constitución, la Carta señala lo que esa autonomía entraña respecto a la posibilidad de tales controles; sin convertirla propiamente en canon de constitucionalidad contribuye a fijar la garantía institucional de la autonomía local.

Por supuesto que la autonomía comporta, según la CEAL, entre otras cosas, que los asuntos de competencia de los entes locales deben gestionarlos «bajo su propia responsabilidad» (art. 3.1), o sea, que la autonomía local incluye, como no podría ser de otra forma, precisamente ese elemento que justifica frenos a las interferencias de las otras Administraciones. Pero la misma Carta admite los controles. Así, de inmediato establece que las decisiones y actuaciones en ejercicio de las competencias locales «no pueden ser puestas en tela de juicio ni limitadas por otra autoridad central o regional, más que dentro del ámbito de la Ley» (art. 4.4); o sea, que, por decirlo en idénticos términos, dentro del ámbito de la Ley, sí pueden ser puestas en cuestión y limitadas por las autoridades estatales y regionales. Y ya con ese punto de partida, su artículo 8, bajo el rubro «Control administrativo de los actos de las Entidades locales», dispone que «todo control administrativo sobre las Entidades locales no puede ser ejercido sino según las formas y en los casos previstos por la Constitución o por Ley» (apartado 1); que «no debe normalmente tener como objetivo más que asegurar el respeto a la legalidad y de los principios constitucionales» (apartado 2); y que «debe ejercerse manteniendo una proporcionalidad entre la amplitud de la intervención de la autoridad de control y la importancia de los intereses que pretende salvaguardar» (apartado 3). De modo que, en suma, admite los controles de las Administraciones con dos condiciones: consagración por ley y proporcionalidad<sup>87</sup>. Y aun así, como regla general, limitados a controlar la legalidad<sup>88</sup>. Tres aspectos de esta regulación quiero destacar porque son de por sí suficientes para revisar la concepción dominante aquí.

En primer lugar, de ningún modo la CEAL impone la judicialización de los controles. Lejos de ello, no hay la más mínima alusión a ese cauce y, por el contrario, se habla con naturalidad y reiteradamente de «control administrativo» sin ningún matiz. No sólo no impone la judicialización sino que no parece que el cauce procesal haya sido tenido en cuenta. Y el hecho de que sea normalmente un control de legalidad no justifica su judicialización: el que lo haga una Administración aplicando el Derecho no significa que su finalidad sea puramente la aplicación del Derecho<sup>89</sup>—no es eso nunca lo propio de la Administración— ni que toda la función que puede cumplir la Administración de control pueda sustituirse por la del juez.

En segundo lugar, hay que subrayar la importancia que la CEAL confiere al principio de proporcionalidad (art. 8.3): lo convierte en criterio cardinal<sup>90</sup>. No señala ninguna técnica de tutela; no prohíbe tampoco ninguna; eso lo deja a los legisladores nacionales con la condición de que respeten la proporcionalidad. Así obliga a poner en relación y a ponderar razonablemente, de un lado, la mayor o mero incidencia del control en la autonomía local y, de otro, las lesiones a los intereses generales que tratan de evitarse. Sin embargo, por la posición maximalista y uniformadora de la LRBRL y de la jurisprudencia constitucional erigida sobre ella, apenas ha desempeñado papel en nuestro Derecho. Frente a ello, sobre todo cuando se abren posibilidades a las leyes sectoriales, debe entronizarse al principio de proporcionalidad. Entre otras razones, porque meridianamente lo impone la CEAL<sup>91</sup>: proporcionalidad de las leyes que establezcan los instrumentos de

L. ORTEGA ÁLVAREZ (1993): «La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español», en *Revista de la Administración Local y Autonómica*, núm. 259, págs. 475 y ss.; L. PAREJO ALFONSO (2011: 159 y ss.); y especialmente F. VELASCO CABALLERO (2009): *Derecho local. Sistema de fuentes*. Madrid: Marcial Pons, págs. 73-112.

<sup>87</sup> I. LASAGABASTER HERRARTE (2007: 74-76).

<sup>88</sup> Así lo sintetizó la STC 240/2006, de 20 de julio (FJ 12): la CEAL admite el control administrativo de legalidad y de constitucionalidad, e incluso el de oportunidad de los actos de las entidades locales (art. 8.2), si bien precisa que, en todo caso, dicho control «debe ejercerse manteniendo una proporcionalidad entre la amplitud de la intervención de la autoridad de control y la importancia de los intereses que pretende salvaguardar» (art. 8.3).

<sup>89</sup> Vid. A. FANLO LORA (1990: 322).

<sup>90</sup> L. ORTEGA ÁLVAREZ (1997): «El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local», en *Anuario del Gobierno Local*, pág. 113.

<sup>91</sup> D. SARMIENTO (2003): «El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local», en *Revista de Administración Pública*, núm. 162, págs. 145-171, ofreció interesantes argumentos en contra de la aplicación en este ámbito del principio de proporcio-

control y proporcionalidad de la Administración al aplicarlos. Así, por ejemplo, no puede tratarse igual el que no se respete la regla que impone que los Plenos no adopten acuerdos sobre asuntos que no consten en la convocatoria con dos días de antelación (por servirnos del supuesto de la STC 14/1981) que los casos en que el ente local ponga en riesgo la salud pública, por irnos al otro extremo; ni cabe enjuiciar igual la exigencia de informes no vinculantes de la Administración tutelante que la de autorización previa por parte de ésta, que afectan de manera tan distinta a la libertad de gestión local. La proporcionalidad debe ser la base de un sistema menos simplista, rígido y uniforme que el que pretendió instaurar la LRBRL, del sistema que hay que reconstruir.

En tercer lugar, debe notarse que la CEAL no ciñe las potestades de control a la protección de alguno de los concreto intereses que tengan confiados las Administraciones superiores y en defensa de sus competencias. Ésta, sin embargo, es la idea asentada en España y la que quiero combatir. Combatirla porque no tiene fundamento (ni en la CEAL ni en ningún sitio), porque desnaturaliza estas potestades (las mixtifica con la coordinación interadministrativa), porque muchas veces es hipócrita o vacua y porque, si no lo es, resulta nociva.

Se ha convertido en lugar común de la jurisprudencia y de la doctrina españolas que las potestades de control «se justifican precisamente en la necesidad de hacer prevalecer los intereses que defienden las Administraciones superiores»<sup>92</sup>; que de lo que se trata en esencia es de que las Administraciones superiores, mediante sus controles sobre los entes locales, consigan que estos no invadan sus competencias ni que, aunque no las invadan, las perjudiquen o dificulten al ejercer las propias. Ello con la correlativa negación de que esas potestades puedan ejercerse para defender los intereses locales.

Como decía, no encuentro fundamento a esta construcción. A decir verdad, no sé siquiera de qué chistera se sacó el TC esa idea ni cómo la doctrina puede haberla asumido<sup>93</sup>. La CEAL, desde luego, no le da sostén. Por ninguna parte se entrevé siquiera esa idea que, más bien, repudia cuando afirma que el control administrativo debe tener normalmente como objetivo «asegurar el respeto a la legalidad y de los principios constitucionales» (art. 8.2)<sup>94</sup>. Por otra parte, implica confundir tutela y coordinación. De hecho no son extrañas las afirmaciones según las cuales el fundamento y fin de los poderes de control es sólo la coordinación. Y está ahí la base para que las potestades de coordinación imperativa se hayan utilizado para camuflar medios de tutela. Asimismo transmuta las potestades de tutela en una prolongación de las competencias materiales que las Administraciones estatal y autonómica tengan en cada ámbito, como si fuesen un medio complementario para su eficacia, cuando lo correcto, por el contrario, es configurarlas como unas potestades distintas con finalidad propia. Incluso me parece cuestionable que esta visión favorezca a la colectividad local: le perjudica más (pues se subordinan sus intereses a otros considerados siempre superiores); sólo es más beneficiosa para las autoridades locales como si la autonomía no fuera de la colectividad local sino de sus gestores<sup>95</sup>. No se comprende por qué no puede aceptarse que corresponda a

---

alidad que asumo en gran medida. Sin embargo, así como me parece que, en efecto, no tiene justificación ni es conveniente traer ese principio para afrontar la distribución de competencias ni por ende para resolver conflictos competenciales, me parece que sí que está justificado (lo justifica el art. 8.3 CEAL) y es útil para aceptar o no controles sobre los entes locales. A la postre una ponderación, que sí admite Sarmiento, aunque sea teóricamente diferente, produciría un resultado práctico similar.

<sup>92</sup> Así, literalmente, DÍAZ LEMA (2006: 199), expresando una opinión generalizada.

<sup>93</sup> Cosa distinta, por supuesto, es que cuando se trata de potestades de coordinación imperativa la Administración que las ostenta sí que debe ejercerlas en defensa de los concretos intereses que tiene confiados y para la protección de la efectividad de sus propias competencias. En ese otro escenario, además, sí que cabe introducir criterios de oportunidad que en realidad provienen de la forma en que entienda esos específicos intereses (supralocales) que tiene encomendados. El haber confundido potestades de genuina tutela y potestades de coordinación imperativa acaso esté en la base de la tesis que refuto.

<sup>94</sup> Incluso cuando algún Estatuto de Autonomía se ha adentrado en estos terrenos se ha limitado a decir que sólo caben controles de legalidad y constitucionalidad pero ninguno dice nada más ni, en concreto, nada sobre que el control sea para la defensa de los intereses o competencias confiados a las Administraciones superiores. Es revelador el artículo 86.5 del catalán: «Corresponde a la *Generalitat* el control de la adecuación al ordenamiento jurídico de los actos y acuerdos adoptados por los municipios y, si procede, la impugnación correspondiente ante la jurisdicción contenciosa administrativa, sin perjuicio de las acciones que el Estado pueda emprender en defensa de sus competencias». Dejando al margen el intento de hurtar al Estado sus competencias de tutela al circunscribirlo a la defensa de sus competencias (aunque hay que aclarar que la defensa de las competencias del Estado no es la defensa de las competencias de su Administración sino también sus competencias legislativas y, por así decir, constitucionales), lo que se ve cuando habla del control de la Generalidad, del auténtico control de tutela (no de la coordinación imperativa), es que tiene por objeto la «adecuación al ordenamiento jurídico de los actos y acuerdos adoptados por los municipios» ¿Dónde está aquí la idea de defensa de las competencias (frente a invasiones o simplemente frente a actuaciones que entorpecen su eficacia) de la Generalidad? En ningún sitio.

<sup>95</sup> Es una muestra más de haber desplazado como titular de la autonomía a la colectividad local y habérsela otorgado al ente, de haber «hipostasiado la colectividad en el ente». *Vid.* L. MORELL OCAÑA (1984: 17 a 24).

las Administraciones superiores evitar que los más de 8.000 entes locales realicen una gestión dañosa para los intereses generales que tienen encomendados, por qué habrán de desentenderse de la nefasta gestión de autoridades locales con peligro para los servicios públicos esenciales y para los derechos básicos de los vecinos. Y por mucho que en algunos pasajes luzca en la STC 4/1981 –así como en la STC 14/1981–, se desvanece en otros<sup>96</sup> ¿dónde estaba, por ejemplo, el interés supralocal justificador de la autorización de tutela para la desafectación de bienes comunales o para regular o adjudicar sus aprovechamientos? ¿y para enajenar o gravar bienes patrimoniales? Salvo que se esté dispuesto a fantasear intereses supralocales por doquier, lo que hay ahí y en otros supuestos es la protección de intereses locales frente a la gestión de las autoridades locales. Por lo demás, la división entre intereses locales y supralocales es muchas veces endeble o puro artificio<sup>97</sup>.

Frente a esa construcción lo que hay que afirmar, en concordancia con el artículo 8.2 CEAL, es que la tutela está al servicio objetivo de la legalidad, que existe para garantizar que la actividad de los entes locales sea respetuosa con la legalidad. Si se quiere hablar entonces de interés supralocal, hablese; pero entonces que sea para añadir de inmediato que el interés supralocal está en el mero interés en el cumplimiento de la legalidad<sup>98</sup>; hablese, pero no para excluir la defensa de los intereses de la propia comunidad local frente a las ilegalidades de sus gestores; hablese, pero reconózcase lesión a intereses supralocales (aunque también a los locales) en la vulneración del ordenamiento, incluyendo, por supuesto, a la Constitución y a los derechos y valores constitucionales. Por otra parte es empobrecedor y hasta absurdo confundir la defensa del Estado con la defensa de la Administración del Estado y de sus concretas competencias; y, *mutatis mutandis*, confundir la defensa de la Comunidad Autónoma con la de su Administración. Entre otras razones porque en cierto sentido también son Estado y Comunidad Autónoma los entes locales. Y las Administraciones estatal y autonómicas encuentran legitimidad para reaccionar frente a esas ilegalidades en su conexión directa con los Parlamentos. Lo que hay que afirmar como sustento y objetivo de las potestades de tutela es que «las competencias de legislación y de vigilancia son concomitantes e inseparables»; que «donde hay competencia legislativa hay competencia de supervisión»<sup>99</sup>; que «la sola competencia constitucional para legislar justifica una competencia para supervisar o controlar la ejecución de la legislación»<sup>100</sup>.

Al menos estas tres ideas que se derivan de la CEAL (no necesaria ni predominante judicialización; proporcionalidad; y no unívoca conexión con específicas competencias e intereses atribuidos a las Administraciones superiores) permiten ofrecer un marco en el que, ahora que se abren nuevas posibilidades, encontrar un equilibrio razonable y más estable entre autonomía local y tutela.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA CERREDA, M. (2008): “¿Es necesario un nuevo modelo de controles sobre los entes locales?”, en *Revista d’Estudis Autònoms i Federals*, núm. 6.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2011): “Sobre la jerarquía y la tutela como vías de reintegración a la unidad del Estado”, en ARIÑO ORTIZ, G.: *Lecciones de Administración (y políticas públicas)*. Madrid: lustel.
- BOCANEGRA SIERRA, R. (1979): “Nueva configuración de la tutela sobre las corporaciones locales”, en *Documentación Administrativa*, núm. 189. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.vi182.4370>.
- BUENO ARMIJO, A. (2017): “La falta de legitimación de la Administración autonómica para instar la revisión de oficio de actos locales”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 97.
- CANO CAMPOS, T. (2007): “Comentarios a los artículos 51 y 52”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>96</sup> M. SÁNCHEZ MORÓN (1990: 199).

<sup>97</sup> J. M. DÍAZ LEMA (2006: 204 y 222 y ss.).

<sup>98</sup> *Vid.* A. FANLO LORAS (1990: 410 y ss.).

<sup>99</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA (1983): *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Madrid: Civitas, págs. 83 y ss. El mismo trabajo lo recogió después (1985) en *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid: Civitas, págs. 217 y ss. Estas ideas tuvieron ya reflejo en el Informe de la Comisión de Expertos sobre Autonomías presentado en 1981. Formuló esta construcción para justificar el poder de supervisión del Estado sobre las Comunidades Autónomas en todas las materias de legislación estatal. Pero si eso vale en ese ámbito, con más razón sirve para justificar un poder similar del Estado o de las Comunidades Autónomas sobre los entes locales.

<sup>100</sup> Así, ya aplicándolo precisamente a los entes locales L. PAREJO ALFONSO (1988: 154) y (2011: 177-178) y S. MUÑOZ MACHADO, S. (2015: 312). Y, por cierto, que ello concuerda perfectamente con el artículo 56.2 LRRL que, recordese, se refiere al «fin de comprobar la efectividad, en su aplicación (...) de la legislación estatal y la autonómica», sin más requisitos ni aditamentos de afección a intereses supralocales.

- CARBONELL PORRAS, E. (2007): “Comentarios a los artículos 65, 66 y 67”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord.): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARBONELL PORRAS, E. (2019): “La organización administrativa. Conceptos, principios y reglas generales”, en REBOLLO PUIG, M. y VERA JURADO, D. (dirs.): *Derecho Administrativo, I*. Madrid: Tecnos, 4.ª ed.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2005): “El régimen local alemán. Una introducción general”, en *Anuario del Gobierno Local*.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2007): “Una nueva reflexión sobre la autonomía municipal”, en *Actas del II Congreso de la AEPDA, La autonomía municipal. Administración y regulación económica. Títulos académicos y Profesionales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2019): *Manual de Derecho Administrativo*. Cizur Menor (Navarra): Civitas. 30.ª ed.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (1991): “El control de la acción administrativa municipal”, en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho*. Córdoba: Universidad de Córdoba.
- DESDENTADO DAROCA, E. (2010): “El principio de autonomía local”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.): *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley.
- DÍAZ GONZÁLEZ, G. M. (2019): *La acción exterior local. Bases constitucionales*. Madrid: Iustel.
- DÍAZ LEMA, J. M. (2006): “El interés supralocal como medida de control. En especial, en el ámbito urbanístico”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 300-301. DOI: <https://doi.org/10.24965/real.vi300-301.9296>.
- ESTEVE PARDO, J. (1991): “Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31.
- FANLO LORAS, A. (1990): *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. Madrid: CEC.
- FANLO LORAS, A. (1986): “La disminución de las medidas de protección de la legalidad urbanística: ¿está derogado el artículo 186 de la Ley del Suelo?”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 111.
- FANLO LORAS, A. (1993): “El control de los entes locales ¿modelo cerrado? Reflexiones críticas sobre una dogmática consolidada”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 130.
- FANLO LORAS, A. (1997): “Relaciones de cooperación y nuevas tutelas”, en *Anuario del Gobierno Local*.
- FERNÁNDEZ, T. R. (1989): “El urbanismo en la jurisprudencia constitucional: notas críticas”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 112.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2007): “La delegación de competencias y la encomienda de gestión”, en *Anuario del Gobierno Local*.
- FONT I LLOVET, T. (2006): “Autonomía local y Estatutos: crónica de un compromiso”, en *Anuario del Gobierno Local*.
- GALÁN GALÁN, A. (2019): “Aniversario de la Constitución Española y de la Carta Europea de la Autonomía Local: los gobiernos locales en España”, en *Istituzioni del Federalismo*, núm. 2.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985): *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1983): *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Madrid: Civitas. El mismo trabajo se recogió después (1985), junto con otros del mismo autor, en *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA ROCA, J. y GARCÍA VITORIA, I. (2018): “Comentario al artículo 137. La división territorial del poder del Estado y la garantía constitucional de la autonomía local”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: BOE; Ministerio de Justicia; Fundación Wolters Kluwer.
- GARCÍA TREVIJANO, J. A. (1957): *Principios jurídicos de la organización administrativa*. Madrid: IEP.
- GARRIDO FALLA, F. (1950): *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*. Madrid: IEAL.
- GIMÉNEZ I CORRIÓN, E. (2001): *Los controles administrativos sobre los entes locales*. Madrid: Marcial Pons.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (1987): “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía, y función constitucional”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 113.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (1987): “Legislación en materia de urbanismo: competencias de la Comunidad y novedades más significativas”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (coord.): *Estudios sobre el Derecho de la Comunidad de Madrid*. Madrid: Civitas.
- GÓMEZ PUENTE, M. (2000): *La inactividad de la Administración*. Elcano (Navarra): Aranzadi. 2.ª ed.
- GONZÁLEZ DEL TESO, T., y CALONGE VELÁZQUEZ, A. (2003): “Autonomía local y control”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 291. DOI: <https://doi.org/10.24965/real.vi291.9186>.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2011): “Delegación, sustitución y avocación de funciones”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho municipal*. Madrid: Iustel. 3.ª ed.
- JIMÉNEZ-BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (2011): “Las relaciones interadministrativas de supervisión y control”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho municipal, I*. Madrid: Iustel. 3.ª ed.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (2007): *La Carta Europea de la Autonomía Local*. Madrid: Iustel.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (coord.) (2015): *Manual de Derecho Local*. Madrid: Iustel. 3.ª ed.
- MARTÍN REBOLLO, L. (2006): “Cantabria”, en *Informe Comunidades Autónomas*.
- MORELL OCAÑA, L. (1984): *La Administración local*. Madrid: Tecnos.

- MUÑOZ MACHADO, S. (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho público general*, Tomo. XI. Madrid: BOE. 4.ª ed.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2003): “El modelo español de control sobre las autonomías territoriales”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 2.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1997): “El principio de proporcionalidad como garante de la autonomía local”, en *Anuario del Gobierno Local*.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1993): “La Carta Europea de la Autonomía Local y el ordenamiento local español”, en *Revista de la Administración Local y Autonómica*, núm. 259. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi259.8788>.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. (2007): *La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. (2015): “La Administración local en España”, en LORA-TAMAYO VALLVÉ, M. (dir.): *Manual de Derecho local*. Madrid: lustel. 3.ª ed.
- PAREJO ALFONSO, L. (1988): *Derecho básico de la Administración local*. Barcelona: Ariel.
- PAREJO ALFONSO, L. (1988): “Relaciones interadministrativas y de conflicto en la Ley básica de Régimen Local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 238. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi238.8543>.
- PAREJO ALFONSO, L. (2011): “La autonomía local en la Constitución Española”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho municipal*. Madrid: lustel. 3.ª ed.
- PIZARRO NEVADO, R. (2002): *Las entidades de ámbito territorial inferior al Municipio*. Granada: CEMCI.
- PIZARRO NEVADO, R. (2017): “Entidades y «entes» de ámbito territorial inferior al municipio tras la reforma local de 2013”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva época, núm. 8. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i8.10437>.
- REBOLLO PUIG, M. (2010): “Revisión de oficio de los acuerdos locales a instancia de la Administración estatal y autonómicas”, en RUIZ OJEDA, A. (coord.): *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*. Madrid: lustel.
- REBOLLO PUIG, M. (2012): “Legitimación de las Administraciones autonómicas para instar la revisión de oficio de los acuerdos municipales”, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y ALONSO GARCÍA, R. (coords.): *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*. Cizur Menor (Navarra): Civitas.
- REBOLLO PUIG, M. (2018): “Comentario al artículo 141”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: BOE; Ministerio de Justicia; Fundación Wolters Kluwer.
- REGO BLANCO, M. D. (2006): “Ante la inactividad local, ¿sustitución, acción popular o contencioso interadministrativo? Reflexiones a propósito de la protección de la legalidad urbanística”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 300-301. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi300-301.9309>.
- RIVERO YSERN, J. L. (2014): *Manual de Derecho local*. Madrid: Civitas. 7.ª ed.
- RIVERO YSERN, J. L. (2007): “Comentario al artículo 62”, en REBOLLO PUIG, M. (dir.) e IZQUIERDO CARRASCO, M. (coord): *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1990): *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*. Madrid: Civitas.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2011): “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración local”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho municipal*. Madrid: lustel. 3.ª ed.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2018): *Las Administraciones españolas*. Madrid: Tecnos.
- SANZ RUBIALES, Í. (1992): “El requerimiento administrativo en el control de legalidad de los actos y acuerdos de las entidades locales”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 253. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi253.8723>.
- SARMIENTO, D. (2003): “El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 162.
- SOSA WAGNER, F. (1988-1989): “La autonomía local”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 239 (artículo publicado por partes en los núms. 239, 240 y 241). DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi239.8554>.
- TORNOS MAS, J. (1992): “La actividad de control sobre los entes locales”, en *Informe sobre el Gobierno Local*. Madrid: MAP; Fundació Carles Pi i Sunyer.
- TORNOS MAS, J. (2001): “El control jurídico de la actuación de los entes locales y la vía del recurso administrativo”, en *Anuario del Gobierno Local*.
- VELASCO CABALLERO, F. (2009): *Derecho local. Sistema de fuentes*. Madrid: Marcial Pons.



## De nuevo sobre el nivel intermedio de gobierno local. ¿Qué cabe hacer sin reformar la Constitución?

*Expanding on the intermediate level of local government.  
What could be done without reforming the Constitution?*

Concepción Barrero Rodríguez  
Universidad de Sevilla (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5500-8662>  
barrero@us.es

### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Entre sus líneas de investigación se encuentran la contratación pública, el procedimiento administrativo, el régimen local, el Derecho de la transparencia pública o la ordenación del Patrimonio Histórico.

---

### RESUMEN

Este estudio expone la situación actual de la organización supramunicipal y reflexiona sobre la conveniencia de su reforma y el posible alcance y sentido de esta.

### PALABRAS CLAVE

Organización supramunicipal; provincia; comarca; áreas metropolitanas; mancomunidad de municipios.

---

### ABSTRACT

This study presents the current state of the supramunicipal organization and reflects on the convenience of its reform and the potential scope and meaning of it.

### KEYWORDS

Supramunicipal organization; province; district; metropolitan areas; municipality of municipalities.

### SUMARIO

I. CONSIDERACIONES INICIALES. II. EL GOBIERNO LOCAL SUPRAMUNICIPAL EN EL ORDENAMIENTO VIGENTE. 1. LA PROVINCIA EN LA LEY BÁSICA DE RÉGIMEN LOCAL: ¿UNA REGULACIÓN INSUFICIENTE DE LA INSTANCIA SUPRAMUNICIPAL OBLIGADA POR LA CONSTITUCIÓN? 2. LA ORGANIZACIÓN SUPRAMUNICIPAL PARALELA A LA PROVINCIAL. SU DESARROLLO POR EL ORDENAMIENTO AUTONÓMICO. 2.1. La entidad comarcal. 2.2. Las áreas metropolitanas. 2.3. Las mancomunidades de municipios. 3. Algunas ideas conclusivas. III. UNA REFORMA NECESARIA, QUÉ REFORMA ES POSIBLE. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## I. CONSIDERACIONES INICIALES

Cuarenta años de vigencia de la Constitución de 1978 no han servido para la articulación de un nivel de gobierno local supramunicipal que satisfaga las demandas tanto de la «España vaciada»<sup>1</sup>, como de esa otra que se concentra en los poblados núcleos urbanos del litoral y algunos enclaves interiores. La garantía de unos servicios públicos de calidad en todo el territorio del Estado sigue constituyendo uno de los grandes retos del Derecho y de la acción pública en nuestros días. Un desafío, desde luego, en esos 5.002 municipios, de los 8.131 existentes, que, de acuerdo con los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística referidos al 1 de enero de 2019, tienen menos de 1.000 habitantes<sup>2</sup>; pero un hándicap también en las grandes áreas urbanas que evidencian igualmente la conveniencia de superar el término municipal en beneficio de espacios más amplios que permitan una gestión conjunta de los servicios que así lo requieran en coordinación, en su caso, con el conjunto de políticas públicas que se desarrollen en el territorio.

El ordenamiento dictado en desarrollo de la Constitución de 1978 es, desde luego, consciente de la necesidad de dar respuesta a los intereses propios de los espacios supramunicipales y en la literatura jurídica de los últimos años abundan estudios que analizan el tratamiento que las normas les dispensan y efectúan, en su caso, propuestas de *lege ferenda* que puedan contribuir a la mejor ordenación de un nivel de gobierno que, a pesar del tiempo transcurrido desde la promulgación de la norma fundamental, no parece, si nos atenemos a los juicios que sobre él se han vertido –la Fundación Democracia y Gobierno Local lo consideró «desarticulado, asimétrico y escasamente eficiente, cuando no claramente disfuncional»<sup>3</sup>–, que haya logrado un mínimo nivel de aceptación no ya jurídica, sino, incluso, política y social. Resulta pues obligado seguir reflexionando sobre el tema aun cuando pueda parecer que todo está ya dicho, que poco puede aportarse a lo mucho escrito desde la promulgación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y el ordenamiento autonómico que le sigue. No voy pues a detenerme en el análisis detallado de las diferentes entidades que conforman este nivel territorial de gobierno, me propongo simplemente efectuar algunas consideraciones sobre qué ha podido, en su caso, fallar en ese Derecho a partir de la exposición de sus notas más características, para concluir con unas reflexiones finales sobre aquellas líneas por las que pudiera avanzar una reforma, sin duda necesaria, pero, hasta ahora, fracasada.

## II. EL GOBIERNO LOCAL SUPRAMUNICIPAL EN EL ORDENAMIENTO VIGENTE

Es ocioso manifestar a estas alturas que, como expresara M. F. CLAVERO ARÉVALO, «nuestra Constitución es provincialista»<sup>4</sup>, apuesta, tras no pocas dudas iniciales<sup>5</sup> y en un contexto de amplio cuestionamiento de la institución<sup>6</sup>, por el mantenimiento de la provincia, al margen de su condición de «división territorial

<sup>1</sup> La Coordinadora de la «España Vaciada», constituida recientemente por más de treinta colectivos de diferentes lugares de España, liderados por las plataformas «Soria Ya» y «Teruel Existe», reivindicaba, en el manifiesto por ejemplo efectuado en el paro convocado el 4 de octubre de 2019, «un verdadero Pacto de Estado contra la despoblación, contra la desvertebración territorial de España y contra la creciente desigualdad de oportunidades entre ciudadanos españoles». El verano de ese mismo año, según noticias aparecidas en prensa, había solicitado la creación de un Ministerio, o al menos de una Secretaría de Estado, sobre Repoblación.

<sup>2</sup> De ellos, y según datos del Registro de Entidades Locales del Ministerio de Política Territorial referenciados a 2010 aunque los cambios no han sido significativos, 2.236 tienen entre 250 y 1.000 habitantes, 1.074 cuentan con menos de 100.

La literatura jurídica se ha referido ampliamente a los problemas que estos municipios encuentran a la hora de gestionar sus competencias. Así, y entre otros, puede verse estudio J. GIFREU I FONT, «La atomización de la planta municipal y sus repercusiones en la prestación eficiente de los servicios mínimos obligatorios: la operatividad de la función coordinadora de las diputaciones provinciales», L. PAREJO ALFONSO (dir.) y A. ARROYO GIL (coord.): *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, págs. 131-214, 2017, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

<sup>3</sup> «Libro verde. Los Gobiernos locales intermedios en España. Diagnóstico y propuestas para reforzar el valor institucional de las diputaciones provinciales y de los demás gobiernos locales intermedios en el Estado autonómico», pág. 76, 2011, Fundación Democracia y Gobierno Local.

<sup>4</sup> «La Provincia ante una encrucijada histórica en el ciento cincuenta aniversario de su creación (1833-1893)», *La Provincia: IX Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, pág. 245, 1985, Granada: Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.

<sup>5</sup> Como dejara expuesto L. LÓPEZ RODO («La Provincia en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y en Canarias», *La Provincia: IX Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 395-403) o M.<sup>a</sup> CARBALLEIRA RIVERA (*La provincia en el sistema autonómico español*, págs. 23-75, 1993, Madrid: Marcial Pons).

<sup>6</sup> En tal sentido, S. MARTÍN-RETORTILLO, «Introducción» a la obra recopilatoria de trabajos suyos en la materia, *La provincia. Pasado, presente y futuro*, pág. 18, 1991, Madrid: Civitas.

para el cumplimiento de las actividades del Estado» y «circunscripción electoral», como «entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios» y dotada «de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Ahora bien, la Constitución de 1978 no solo instituye un nivel supramunicipal de gobierno, el provincial, sino que en sus artículos 141.3 y 152.3 abre además la puerta a otras posibles entidades surgidas de «agrupaciones de municipios diferentes de la provincia», permite que los Estatutos de Autonomía puedan «establecer circunscripciones territoriales propias, que gozarán de plena personalidad jurídica» mediante «la agrupación de municipios limítrofes». Aunque no se ofrecen más detalles sobre las mismas, es claro que estamos ante entidades de naturaleza coincidente con la provincial con la que, en consecuencia, comparten un mismo nivel de gobierno, el supramunicipal, toda vez que no parecía, y así vino además a refrendarlo el Tribunal Constitucional, que la creación por las Comunidades Autónomas de «circunscripciones territoriales propias» pudiera ser en sustitución de la instancia provincial. De esta forma, la Constitución al apostar, de la mano de las provincias, por una uniformidad del nivel supramunicipal de gobierno en todo el territorio y, al propio tiempo, por la diversidad surgida de las distintas opciones autonómicas plasmadas en sus Estatutos, hace muy difícil una articulación racional de este nivel de gobierno. El propio Consejo de Estado advertía en su dictamen 1/2005, de 16 de febrero de 2006, sobre la reforma constitucional, sobre cómo en la norma fundamental no existe «guía alguna para establecer cuál debe ser la relación» entre las provincias y los demás entes que a su amparo puedan crearse. Veamos la respuesta que, hasta ahora, ha ofrecido el ordenamiento dictado en su desarrollo.

### 1. La provincia en la Ley básica de régimen local: ¿Una regulación insuficiente de la instancia supramunicipal obligada por la Constitución?

La constitucionalización de la provincia no ha ido acompañada, como sabemos, de la fijación, entre otros extremos, del cometido propio de este nivel de gobierno, más allá de esa genérica alusión a «la gestión de sus respectivos intereses». En manos del legislador ordinario quedó pues el diseño de la entidad encargada de su gobierno y administración, la diputación, en sus aspectos tanto organizativos como competenciales a partir de esos intereses de obligada concreción. La norma fundamental —es importante tenerlo en cuenta—, no prejuzga la naturaleza de las competencias provinciales y ni, mucho menos, decide cuáles hayan de ser los territorios objeto de una atención prioritaria por su parte<sup>7</sup>. Será la LBRL en 1985 la que, fracasados los intentos de convertir a la provincia en ente para el ejercicio de las competencias de la Administración autonómica<sup>8</sup>, se decante por una entidad local con competencias fundamentalmente de apoyo a los municipios en el contexto de una planta local caracterizada por el elevado número de municipios con umbrales muy bajos de población. «Asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal» se convierte así, en su artículo 31.2, en el fin básico que justifica y explica el conjunto de competencias de marcado carácter funcional que el artículo 36.1 atribuye a las diputaciones. Además, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 109/1988, de 21 de mayo y, más tarde en la 111/2016, de 9 de junio, va a identificar con la competencia de «asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión», conferida a las diputaciones por la letra b) del precepto, «el núcleo esencial de la autonomía provincial», su «ámbito material diferenciado», dejando planteada la duda de si el resto de las establecidas en el precepto «integran también el núcleo cuyo menoscabo merezca reproche de inconstitucionalidad»<sup>9</sup>. Sea como sea, lo cierto es que la asistencia y apoyo a los municipios centrará, desde esos momentos, el núcleo básico de la actividad provincial en detrimento del resto de las competencias previstas en el propio artículo 36.1, como

<sup>7</sup> L. PAREJO ALFONSO, entre otros autores, ha reflexionado sobre los condicionantes derivados de la Constitución para la configuración de la provincia por el legislador ordinario, destacando su condición de gestora de intereses «referibles a su condición de agrupación de municipios, es decir, escapen a, o desborden, el círculo de los que corresponde gestionar a cada uno de estos por separado (sin por ello deber ser incluidos en los gestionados por las instancias territoriales superiores: autonómica y estatal *strictu sensu*)» («Algunas reflexiones sobre posibles líneas maestras de arreglo de la provincia y la diputación peninsulares de régimen común», en la obra por él dirigida *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios, op. cit.*, pág. 17).

<sup>8</sup> Véase *Informe de la Comisión de expertos sobre Autonomías*, 1981, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

<sup>9</sup> M. ZAFRA VÍCTOR, «La provincia: lo importante no es el nombre, lo importante es la función. Intermunicipalidad en el Estado autonómico», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 27, marzo 2012, pág. 73.

J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, en tiempos más recientes, se ha sumado a las críticas a esa jurisprudencia que reduce la garantía institucional de la provincia «a una simple actuación cooperadora con los Municipios», al considerarla «limitadora de la función que la propia Constitución le atribuye de “gobierno y administración autónoma” de su ámbito territorial» («Articulación organizativa y Estado compuesto», *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 3, 2016, págs. 6 y 7).

la prestación de servicios supramunicipales o, incluso, la misma cláusula general contenida en su letra d). El ordenamiento de las Comunidades Autónomas consolidará definitivamente un modelo de diputación articulado sobre la base del auxilio y cooperación con los municipios<sup>10</sup>, del que resulta fácil concluir que su ámbito natural de actuación queda determinado por los pequeños municipios, «los de menor capacidad económica y de gestión», concepción que, a su vez, hallará el respaldo de una doctrina que no dudará en resaltar el papel de la provincia «como municipio de municipios incompletos por dimensión-capacidad insuficiente»<sup>11</sup>, una institución cuya singularidad radica en «hacer posible la viabilidad política de un municipalismo inarticulado, poco poblado y con escasa capacidad de gestión»<sup>12</sup>.

La decantación legal, que no constitucional, por una provincia de «marcada vocación ruralista» en expresión de S. MARTÍN-RETORTILLO<sup>13</sup>, trae consigo dos consecuencias, al menos, en las que quizás no se haya reparado en su justa medida pero que contribuyen a explicar la situación de la supramunicipalidad en España y siguen constituyendo cuestiones pendientes. De una parte, la indefinición en la que queda el cometido de las diputaciones, si es que han de tener alguno, respecto de aquellos municipios, que son también muchos, capacitados, en principio, para el ejercicio de sus competencias y en los que la conveniencia, en su caso, de la intervención de un ente supramunicipal no deriva de una insuficiencia basada en razones de índole fundamentalmente económica, sino de la garantía de principios como los de eficacia, eficiencia y coordinación en áreas de gran población en las que los términos municipales son *de facto* irreconocibles. Habrá que esperar muchos años tras la promulgación de la Constitución y la LBRL para que autores como L. PAREJO o la propia Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) se hagan eco de la cuestión, apuntando la posibilidad, opción que habría que valorar desde el punto de vista constitucional –implica considerar que no todos los municipios han de estar integrados en una provincia<sup>14</sup>–, de que tales municipios queden «liberados» del «vínculo de la agrupación». Desde posiciones contrarias, se llamará, sin embargo, la atención, así lo hizo la declaración institucional de la *II Conferencia de Presidentes de Gobiernos Provinciales*, celebrada en Badajoz en noviembre de 2016, sobre la necesidad de una reformulación de las competencias provinciales acorde «con las demandas de los ciudadanos que residen en el mundo rural» pero también «de los que lo hacen en zonas más pobladas pero necesitadas de colaboración supramunicipal»<sup>15</sup>. Desde luego, el futuro de la supramunicipalidad en España, el futuro de las propias diputaciones, pasa por la definición de su papel fuera de esos pequeños municipios incapaces por sí mismos de cumplir con las competencias que la Ley les impone,

<sup>10</sup> T. DE LA CUADRA SALCEDO ha reflexionado, no obstante, sobre los importantes fines que, a través de ella, satisfacen las diputaciones («El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional del Título VIII», *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 3, 2016, págs. 7-10).

<sup>11</sup> L. PAREJO ALFONSO, «Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 29, 2012, pág. 20.

<sup>12</sup> M. ZAFRA VÍCTOR, «Relaciones entre municipios y provincias», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 29, 2012, pág. 120.

<sup>13</sup> *La provincia. Pasado, presente y futuro*, op. cit., pág. 81.

<sup>14</sup> Así lo viene manteniendo L. PAREJO que considera, en efecto, que el marco constitucional «no exige que la agrupación constitutiva de la provincia incluya todos los municipios. La provincia es, sencillamente, “agrupación de municipios”. Lo que hace posible hasta la importación de la fórmula alemana de la “liberación” (de la agrupación) de ciertos municipios». Avanzando en esta idea, propone «atendiendo a las tendencias de reforma territorial observables en los países de nuestro entorno inmediato y a la evolución del proceso de urbanización en la península» situar en los 50.000 habitantes el umbral en el que un municipio dejaría de pertenecer a la diputación, lo que afectaría a algo menos de 400 («Algunas reflexiones sobre posibles líneas maestras de arreglo de la provincia y la diputación peninsulares de régimen común», op. cit., págs. 18 y 28). Ya en un trabajo anterior había defendido esa posibilidad de que los municipios suficientes para la prestación de sus competencias puedan quedar «liberados» del «vínculo de la agrupación», es decir, «no “pertencerían” a la Diputación, y quedarían fuera de su radio de acción y, por tanto, de su cometido propio» («Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local», op. cit., pág. 20), tesis defendida, más tarde, en «El porvenir a la luz de los condicionantes de la actual coyuntura, del escalón supramunicipal de la Administración local» (*Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, 2016, pág. 28) y «¿Tiene futuro la provincia como entidad local intermedia?» (*Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 34, 2016, pág. 5, pág. 9). J. L. CARRO se ha hecho eco de esta «interesante propuesta» que «significaría, naturalmente, la pérdida de la caracterización de la Provincia como agrupación necesaria de la “totalidad” de los Municipios; exigencia de totalidad a la que, sin embargo, no se alude en la Constitución española» («Articulación organizativa y Estado compuesto», op. cit., núm. 3, 2016, pág. 9). G. FERNÁNDEZ FARRERES, sin embargo, ha expresado sus dudas sobre la misma («Qué hacer con las diputaciones provinciales (Presupuestos y límites constitucionales para su reforma)», *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, op. cit., págs. 99-100).

En una línea similar a la de L. PAREJO, la FEMP en su «Informe sobre competencias de las corporaciones locales», de abril de 2012, manifestó que «el ámbito de actuación de las Diputaciones, Cabildos y Consejos como administración común de los municipios debería limitarse a aquellos que carezcan de los medios técnicos y/o económicos necesarios para prestar los servicios y realizar las actividades que se deriven de sus competencias».

<sup>15</sup> Declaración recogida en el número 35 de 2016 de la *Revista Democracia y Gobierno local*, págs. 27-31.

por más que no quepa negar la relevancia de su actuación en estos territorios. Ahora bien, no parece sencillamente lógico que de la acción de una entidad que agrupa hoy a todos los municipios españoles queden, de hecho, al margen buena parte de los mismos. Es preciso pues, lo que hasta ahora no se ha hecho, definir su papel en estos casos.

El triunfo de un modelo de diputación fundado en el apoyo a los municipios de menor capacidad económica y de gestión trae además consigo –y esta es la segunda idea sobre la que debe llamarse la atención– el que, como se ha dicho, se haya «enquistado la posibilidad (no cerrada constitucionalmente) de que las provincias dispongan de competencias materiales propias»<sup>16</sup>. En efecto, tanto la LBRL como, más tarde, el ordenamiento autonómico podrían perfectamente haber completado esas funciones de cooperación con los municipios con competencias sustantivas surgidas de una identificación de los «intereses provinciales» que han de satisfacer. Esta falta de definición de un ámbito competencial propio en favor de las diputaciones tiene probablemente mucho que ver con los intentos de desplazamiento del que *de facto* han sido objeto por parte de otras entidades y contribuye quizás a explicar el propio cuestionamiento de la instancia provincial al que hemos asistido en los últimos años. En la actualidad, cualquier debate sobre el nivel intermedio de gobierno local debe pues decidir para qué se desea que sirvan las diputaciones, si solo para hacer frente a problemas de insuficiencia municipal o, también, para desarrollar otras competencias del interés de sus respectivos territorios.

La configuración de la provincia en la Ley de 1985 no solo no es corregida por el ordenamiento posterior, sino que se ve acentuada. En efecto, la LRSAL –las anteriores reformas de la LBRL apenas afectan a esta instancia<sup>17</sup>– consolida el papel de las diputaciones al servicio de los pequeños municipios<sup>18</sup>. No de otra forma puede valorarse la reforma del artículo 26 a fin de que las diputaciones puedan asumir la prestación de los servicios de los municipios de menos de 20.000 habitantes. Aunque la modificación legal de 2013 alcanza a las competencias provinciales definidas en el artículo 36<sup>19</sup> –reforma, no obstante, «más aparente que real»<sup>20</sup>, pues las competencias funcionales que ahora se les asignan «no difieren tanto» de las que ya tenían<sup>21</sup>–, es, sin embargo, el nuevo artículo 26.2 el que viene con precisión a dar cuenta de cómo para el legislador la función primordial de las diputaciones no es otra que la de garantizar la prestación de los servicios en los municipios que por contar con una población inferior a 20.000 habitantes, la propia Ley presume que pueden necesitar del auxilio de la diputación. El contenido del precepto ha sido ya suficientemente analizado por la doctrina<sup>22</sup>. Recordemos sencillamente que dispone que «será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación» de los servicios en tales municipios, para lo cual propondrá, «con la conformidad de los municipios afectados, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación, consistente en la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas. Para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera». En esta norma, muy defectuosa técnicamente, destaca, frente a lo dis-

<sup>16</sup> *Libro verde. Los Gobiernos locales intermedios en España, op. cit.*, pág. 67.

<sup>17</sup> En efecto, no lo hizo la Ley 11/1999, de 13 de abril, lo que, como manifestara P. ESCRIBANO COLLADO, lleva a pensar que «para el legislador estatal las diputaciones no debían ser reformadas y, si convenía hacerlo, no se sabía cómo» (“Provincias y diputaciones: Una polémica sin proyecto institucional”, J. M. BAÑO LEON (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. II, pág. 2.006, 2016, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) y las modificaciones, de otra parte, introducidas por la Ley 57/2003, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local, en el ámbito competencial de la entidad no pueden considerarse relevantes.

<sup>18</sup> Al respecto pueden verse las consideraciones de M. SALVADOR CRESPO, “El papel de los gobiernos locales intermedios en la actualidad”, *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 44, 2019, págs. 10-11.

<sup>19</sup> Así se amplía la prestación de servicios supramunicipales y se suprime la competencia de «fomento y administración de los intereses peculiares de la provincia». Por lo demás, las diputaciones podrán seguir contando con las competencias que puedan delegarles las Comunidades Autónomas y con aquellas «distintas de las propias y de las atribuidas por delegación» previstas en el nuevo artículo 7.4 de la LBRL. Finalmente se mantiene la posibilidad, en contra de una realidad en la que se han impuesto otras soluciones, de que las diputaciones asuman «la gestión ordinaria de servicios propios» de la Comunidad Autónoma.

<sup>20</sup> E. CARBONELL PORRAS, “Replanteamiento sobre las provincias: del pretendido reforzamiento de su posición institucional a una posible mutación constitucional”, *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, págs. 124-125, 2016, Fundación Democracia y Gobierno Local.

<sup>21</sup> M. SALVADOR CRESPO, “Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 34, 2014, pág. 135.

<sup>22</sup> Yo misma lo hice en “La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo artículo 26 de la LBRL. La difícil interpretación de un precepto fundamental”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 170, 2015, págs. 21 y ss.

puesto en las primeras versiones del Anteproyecto de Ley que conocimos<sup>23</sup>, la necesaria «conformidad» de los municipios con la «forma de prestación» de los servicios propuesta por la diputación, requisito que permitirá a la STC 111/2016, de 9 de junio, declarar su constitucionalidad por no resultar así lesiva de «la garantía consagrada en los artículos 137 y 141 CE». En realidad, las funciones de la diputación, en la calificación que le otorga la *Nota explicativa de la reforma local* de 29 de abril de 2016 del entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, quedan reducidas a las de «mera propuesta e impulso». De otra parte, debe de llamarse la atención sobre la atribución de la competencia para resolver a la Administración del Estado que el Tribunal Constitucional, sin embargo, sí va a estimar contraria a la Constitución al no encontrar apoyo ni en su artículo 149.1.18, ni en competencias sectoriales sobre los distintos servicios del artículo 26.2 de la LBRL. Finalmente, cabe notar que la aplicación del precepto queda subordinada a la determinación del coste efectivo de los servicios públicos regulado en el nuevo artículo 116 ter de la LBRL cuyo desarrollo reglamentario se produjo en el año siguiente<sup>24</sup>, aunque no parece que haya servido para disponer de datos actualizados sobre ese coste en los diferentes municipios<sup>25</sup> y todo apunta, como anticipara J. A. SANTAMARÍA, a que no se están dando los pasos necesarios por parte de las diferentes entidades implicadas en pro de hallar la fórmula de gestión conjunta de los servicios municipales<sup>26</sup>.

En conclusión, la provincia, instancia supramunicipal necesaria en todo el territorio del Estado por mandato constitucional, ve prácticamente reducido su papel en la legislación básica de régimen local al de una entidad de apoyo, de cooperación económica y técnica con los municipios de menor capacidad, dado, por lo general, sus bajos niveles de población. La opción legal escogida deja además en la indefinición el papel de la diputación, si es que ha de tener alguno, respecto de aquellos municipios suficientes, en principio, para prestar las competencias que la norma les impone. Dos datos que contribuyen de forma decisiva a explicar el actual panorama de la supramunicipalidad en España.

## 2. La organización supramunicipal paralela a la provincial. Su desarrollo por el ordenamiento autonómico

La LBRL, atenta a los mandatos constitucionales que permiten la creación de instancias supramunicipales distintas de la provincia, prevé en su artículo 3.2 y regula en su Título IV «otras entidades locales»: las comarcas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades de municipios. Ahora bien, se trata, como las calificó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, de entidades con «un fuerte grado de interiorización autonómica», pues entran «en cuanto a su propia existencia, en el ámbito de disponibilidad de las Comunidades Autónomas que dispongan de la correspondiente competencia». A ellas les compete además «determinar y fijar las competencias de las Entidades locales que procedan a crear en sus respectivos ámbitos territoriales»<sup>27</sup>, dentro del respeto, como afirmó el Tribunal en esa sentencia y, de nuevo, en la 41/2016, de 3 de marzo, al marco básico estatal. Ahora bien, más que adentrarnos en disquisiciones sobre el alcance de la competencia estatal respecto de estas entidades, interesa hacer balance sobre cuál ha sido su desarrollo durante el ya largo periodo histórico de vigencia de la Constitución de 1978 y del ordenamiento local surgido de ella, con la atención puesta en aquello para lo que lo sirven, en la función que han de desarrollar. Otras cuestiones, sin duda importantes, como las relativas a su organización o su forma de constitución, permanecen, por tanto, al margen de nuestra atención. Antes de adentrarnos en el análisis de cada entidad, cabe, con carácter general, dejar constancia del escaso arraigo, salvo en determinados territorios, de comarcas y áreas metropolitanas, frente a la gran implantación, por el contrario, de las mancomunidades de municipios que han experimentado un extraordinario desarrollo en el conjunto del Estado bajo el impulso decidido del ordenamiento autonómico.

<sup>23</sup> En efecto, la intención originaria del Gobierno no era otra que la de la asunción directa por las diputaciones de la prestación de los servicios de los municipios de menos de 20.000 habitantes cuando estos no cumplieran con el coste estándar que el propio Gobierno había de regular. Una propuesta que suscitaba reparos importantes que el propio Consejo de Estado se encargó de advertir en su Dictamen 567/2013 y que propiciaron, sin duda, que en el Proyecto de Ley, en términos que se convertirán en Ley, el precepto apareciera sustancialmente reformado.

<sup>24</sup> Así por la Orden 2075, de 6 de noviembre de 2014, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Resolución de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local de 23 de junio de 2015. Esa Orden obligaba a los municipios a facilitar, por vez primera, el coste de sus servicios antes del 1 de noviembre de 2015.

<sup>25</sup> Los datos que ofrece la página web del Ministerio de Hacienda en octubre de 2019, hacen referencia al año 2013.

<sup>26</sup> «El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge», J. A. SANTAMARÍA PASTOR (coord.), La reforma de 2013 del régimen local español, pág. 147, 2014, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.

<sup>27</sup> Fundamentos Jurídicos 4.º y 13.º.

## 2.1. La entidad comarcal

La comarca, definida por el artículo 42.1 de la LBRL como entidad que agrupa «varios Municipios, cuyas características determinen intereses comunes precisados de una gestión propia o demanden la prestación de servicios de dicho ámbito», ha encontrado un amplio respaldo en los Estatutos de Autonomía dado que son mayoría las Comunidades Autónomas que prevén en su norma institucional básica este nivel de gobierno del territorio<sup>28</sup>. Ahora bien, son pocas, sin embargo, las que han procedido a su efectiva constitución, dado que solo Cataluña y Aragón han comarcalizado sus territorios, en tanto que Castilla y León ha creado una sola entidad de esta naturaleza, la de Bierzo, en respuesta a las necesidades concretas del espacio en el que se asienta. Aunque la norma estatal no se pronuncia expresamente sobre la naturaleza de la comarca, de su misma definición, así como de las garantías previstas en el propio artículo 42: creación por Ley y prohibición de que su constitución pueda suponer «la pérdida por los Municipios de la competencia para prestar los servicios enumerados en el artículo 26» o «todo tipo de intervención en las materias enumeradas en el apartado 2 del artículo 25», cabe inferir su condición de ente territorial<sup>29</sup>, confirmada por las pocas disposiciones autonómicas que regulan entidades de esta naturaleza que apuestan, en efecto, por una Administración dotada de competencias múltiples y heterogéneas y de un amplio conjunto de potestades públicas.

El análisis de las Leyes autonómicas sobre comarcas permite, en efecto, comprobar el carácter amplio de sus competencias con un doble origen posible. De una parte, dichas normas disponen la participación de la entidad, en los términos que disponga el legislador sectorial, en materias inicialmente atribuidas a las Comunidades Autónomas que, como ocurre en la disposición catalana, no se determinan<sup>30</sup>, o que, como en el caso de la comarca del Bierzo, quedan establecidas en la propia norma que regula la entidad<sup>31</sup>. La disposición aragonesa da un paso más y determina el alcance y modo de intervención de la comarca en los distintos sectores de la actividad en los que prevé su participación<sup>32y 33</sup>. De otra parte, todas las comarcas creadas cuentan, entre sus competencias propias, con las de asistencia y cooperación con los municipios y garantía de la prestación por éstos de sus servicios<sup>34</sup>, con competencias, por tanto, sustancialmente coincidentes con

<sup>28</sup> En efecto, la generalidad de los Estatutos de Autonomía recogen la entidad comarcal aunque no siempre con el mismo carácter. Hay Comunidades Autónomas para las que la comarca constituye, otra cosa es que se haya procedido a su efectiva implantación, una entidad de carácter necesario en su territorio. Son los casos de Cataluña (artículo 83.2), Aragón (artículo 5), Murcia (artículo 3.2) y Principado de Asturias (artículo 6.1). Otras Comunidades Autónomas, por el contrario, se limitan a establecer su posible existencia dejando en manos de sus Parlamentos la decisión sobre su creación. Así ocurre en Cantabria (artículo 2.3), La Rioja (artículo 5.2), Castilla-La Mancha (artículo 29), Castilla y León (artículo 46), Extremadura (artículo 57), Valencia (artículo 65) o Andalucía (artículo 97.2). Existen, desde otro punto de vista, Comunidades Autónomas en las que la comarcalización, como sucede en Cataluña, ha de abarcar todo su territorio (artículo 83.2), esto es, no cabe la Comarca como respuesta a las necesidades propias de espacios concretos, carácter que es, justamente, el que asume en otras Comunidades como, por ejemplo, en Andalucía según resulta del artículo 97 de su Estatuto de Autonomía.

<sup>29</sup> En sentido contrario a esa interpretación, A. J. FERREIRA FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de la Comarca en el sistema autonómico español*, pág. 280, 1991, Barcelona: Cedecs.

<sup>30</sup> Así, el artículo 25.1.b) del Decreto Legislativo 4/2003, de la organización comarcal de Cataluña, dispone que corresponde a la entidad comarcal el ejercicio de las competencias que le «atribuyan las Leyes del Parlamento». Una atribución por leyes sectoriales que «tiene que hacerse teniendo en cuenta la tipología de las comarcas, sin perjuicio de la atribución directa de competencias a los ayuntamientos de los municipios que cumplan los requisitos mínimos de población, capacidad económica o capacidad de gestión, de acuerdo con los criterios objetivos que establezcan las mismas leyes sectoriales».

<sup>31</sup> El artículo 4 de la Ley 1/1991, de 22 de abril, que crea y regula la Comarca del Bierzo, modificada por la Ley 17/2010, de 20 de diciembre, delimita, en efecto, esas materias. Entre otras, ordenación del territorio, urbanismo, protección civil, cultura, deporte, turismo, energía y minas o industria.

<sup>32</sup> Artículos 9 y 16 y siguientes del Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre, del Texto Refundido de la Ley de comarcalización de Aragón.

<sup>33</sup> Sobre tal forma de atribución de competencias me remito a las consideraciones, entre otras, de J. LÓPEZ-MEDEL BASCONES y M. ZAFRA VÍCTOR (“Análisis del papel y funciones de los Gobiernos locales intermedios: propuestas de articulación”, *Elementos para un debate sobre la reforma institucional de la planta local en el Estado autonómico*, págs. 250-282, 2012, Madrid: Fundación Democracia y Gobierno local), o las de este último autor en “La intermunicipalidad, modelo de Estado. La provincia en el Estado autonómico” (COSCULLUELA MONTANER, L.; MEDINA ALCOZ, L. (dirs.) y HERNANDO RYDINGS, M. (coord.): *Crisis económica y reforma del régimen local*, pág. 127, 2012, Cizur Menor: Thomson Reuters).

<sup>34</sup> Así el artículo 5.c) de la Ley de la Comarca del Bierzo, dispone la posible prestación por la entidad de los servicios «de competencia municipal cuando su realización o prestación resulte imposible o muy difícil para el municipio y razones de economía y eficacia así lo aconsejen»; el 8 atribuye al «Servicio de cooperación y asistencia municipales», a crear por «acuerdo del Pleno Comarcal y, en su caso, en colaboración con la Diputación Provincial de León», unas funciones de auxilio y cooperación con los municipios prácticamente coincidentes con las propias de las diputaciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 de la LBRL; y el 9 prevé que la diputación pueda delegar en la comarca la gestión en su territorio del plan provincial de obras y servicios, así como «la asistencia y cooperación técnica, jurídica y económica a los municipios».

las de las diputaciones<sup>35</sup>. Nada se opone, desde luego, a que dos o más instancias realicen unas mismas funciones, aunque es igualmente claro que el ejercicio por las comarcas de cometidos de esa naturaleza implica un debilitamiento de las diputaciones que han de compartir su función más característica con estas nuevas entidades. Ante esta situación, y aun reconociendo que la comarca «ofrece la ventaja de responder a la cercanía geográfica y la tradición compartida de los municipios que la integran»<sup>36</sup>, son muchas las voces que, en los últimos años, han defendido la necesidad de «determinar a cuál de las dos» instancias, diputación o comarca, «debe corresponder la asistencia a los pequeños municipios»<sup>37</sup>, de deslindar «la propia razón de existir» de las distintas entidades que «integran la “planta local”»<sup>38</sup>, aunque sin avanzar, por lo general, en propuestas concretas que permitan una mejor definición del cometido a cumplir por una y otra, más allá de esas genéricas apelaciones a la posible utilización de las comarcas «como instancias político-administrativas intermedias entre municipios y provincias que lleven a la reorganización y simplificación del mapa municipal, en particular en las áreas de dominio rural»<sup>39</sup>, o como «demarcación territorial idónea para la prestación de las competencias provinciales»<sup>40</sup>, para «el ejercicio de las funciones y la gestión de los servicios cuyo ámbito óptimo de desarrollo sea el supramunicipal e infraprovincial»<sup>41</sup>, lo que, como también se ha dicho, la convertiría en una comarca complementaria a la provincia, «sumatoria en pro de los intereses de los ciudadanos, especialmente de los que residen en los municipios más pequeños»<sup>42</sup>, aunque sin perder de vista que «las funciones de solidaridad y equilibrio intermunicipal» que la Constitución impone «no pueden ser satisfechas por las Comarcas, por el simple dato de que tales funciones sólo podrán darse entre los municipios de cada

---

Por su parte, el artículo 28.1 del Decreto Legislativo 4/2003, de 4 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley de la Organización comarcal de Cataluña, establece que «corresponde a las comarcas prestar asistencia técnica, jurídica y económica a los municipios» y «cooperar económicamente en la realización de las obras, los servicios o las actividades de los municipios» y «en el establecimiento de nuevos servicios necesarios para el desarrollo del territorio». Igualmente, han de «garantizar, subsidiariamente, la prestación de los servicios municipales obligatorios en los municipios que, por razón de su población, no están obligados a prestarlos». Aclara además la norma en su apartado 2.º que «la comarca tiene que ejercer las funciones de asistencia y de cooperación que le corresponden teniendo en cuenta las necesidades de los diferentes municipios, tanto en lo que concierne al número de habitantes como a la situación geográfica o a su tipología en cuanto a la actividad económica predominante». El artículo 30 prevé que «sin perjuicio de las competencias que en este ámbito corresponden también a las diputaciones provinciales», en cada comarca exista, en principio, «un servicio de cooperación y de asistencia municipales encargado de asesorar a los municipios que lo soliciten en materia jurídico administrativa, económico financiera y de obras y servicios».

Finalmente, el artículo 12.1 del Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre, del Texto Refundido de la Ley de comarcalización de Aragón, dispone que «sin perjuicio de las competencias que en este ámbito corresponden a las provincias, cada comarca podrá crear un servicio de cooperación y de asistencia dirigido a prestar asesoramiento a los municipios que lo soliciten en materia jurídica administrativa, económica y financiera y de obras y servicios».

<sup>35</sup> Sorprende además el hecho de que en algunos de los territorios comarcalizados se hayan además constituido mancomunidades para la gestión de estos mismos servicios. Así, los Municipios que integran, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de su Ley reguladora, la Comarca del Bierzo, pertenecen a distintas Mancomunidades encargadas de la gestión de numerosos servicios municipales. Concretamente a las Mancomunidades de «Municipios del Agua del Bierzo», del «Bierzo Alto», «Bierzo Central», «Bierzo Oeste» o «Bierzo Suroeste» entre cuyos fines figuran la prestación de los servicios de abastecimiento y depuración de aguas, recogida y tratamiento de residuos y prevención y extinción de incendios. La propia página *web* de la Comarca del Bierzo da además cuenta de la existencia de dos consorcios integrados por la entidad comarcal y diversos municipios, el consorcio «Ponfoblino» que tiene por objeto «la recuperación del tren minero entre Ponferrada y Villablino como recurso turístico» y el Consorcio «Los ancares leones», constituido con el fin de «contribuir a la conservación de los paisajes, los ecosistemas y de las especies» de este singular espacio.

<sup>36</sup> M. SALVADOR CRESPO, «El papel de los gobiernos locales intermedios en la actualidad», *op. cit.*, pág. 8.

<sup>37</sup> L. COSCULLUELA MONTANER, «Problemática de la Provincia como entidad local», *Crisis económica y reforma del régimen local*, *op. cit.*, pág. 124.

<sup>38</sup> F. VELASCO CABALLERO, «La planta local en España: criterios para la toma de decisiones», *Anuario de Derecho Municipal 2010*, pág. 31, 2011.

<sup>39</sup> G. MORALES MATO y B. MÉNDEZ GARCÍA, «Despoblación rural, comarcas y áreas metropolitanas en España», *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, *op. cit.*, pág. 125.

<sup>40</sup> Así por el *Libro verde. Los gobiernos locales intermedios* (*op. cit.*, pág. 166-167) o por M. ARENILLA SÁEZ («El pequeño municipio: núcleo democrático vs. prestación de servicios», *Elementos para un debate sobre la reforma institucional de la planta local en el Estado autonómico*, *op. cit.*, pág. 213).

<sup>41</sup> En tal sentido, M. ALMEIDA CERRADA («La reforma de la planta local, estructura competencial, organización y articulación de la Administración local», J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (coord.): *La planta del Gobierno Local: actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo-Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, págs. 100-101, 2013) o L. COSCULLUELA MONTANER («El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones», *Anuario del Gobierno local 2011*, pág. 64, 2011, Fundación Democracia y Gobierno local-Institut de Dret Public, y «Problemática de la Provincia como entidad local», *op. cit.*, pág. 121).

<sup>42</sup> M. BEATO ESPEJO, «Las diputaciones provinciales del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a los diez años de vigencia de la Ley reguladora de las bases del régimen local», *La provincia en el Estado de las autonomías*, págs. 260-261, 1996, Diputación de Barcelona-Marcial Pons.

comarca si acaso, pero nunca entre todos los municipios de la Provincia»<sup>43</sup>. Desde luego, no cabe negar la posibilidad de que la comarca se convierta, en definitiva, en instancia intermedia entre municipios y provincias para el ejercicio de aquellas competencias, la prestación de esos servicios que encuentren en esa escala infraprovincial pero supramunicipal su nivel óptimo de prestación. Ahora bien, habría que reflexionar también sobre hasta qué punto está justificada, en términos de racionalidad de la estructura administrativa y gasto público, la existencia de dos entidades llamadas a realizar funciones coincidentes en ámbitos territoriales necesariamente reducidos y en los que ya concurren además otros niveles de gobierno. Quizás, y en términos jurídicos –distinta es, por supuesto, la valoración política que pueda efectuarse–, la comarca solo tenga cierto sentido, también podrían, desde luego, utilizarse a tal fin las diputaciones, al servicio de un proceso de descentralización de competencias autonómicas, si es que se concluye que este es necesario y las Comunidades Autónomas están realmente dispuestas a llevarlo a cabo. El carácter insustituible de la provincia y la atribución a la comarca, entre sus cometidos más importantes, de una función coincidente con aquella en la que el Derecho básico estatal ha situado el núcleo esencial de su autonomía constitucionalmente garantizada, no puede más que conducir a la actual situación de solapamiento entre una Administración y otra y, en última instancia, a la indebida articulación del nivel supramunicipal de gobierno. Cabe pues seguir reivindicando ese «gran esfuerzo» al que se refería T. FONT en 1992 «de definición política y de determinación funcional» de la comarca «dentro del panorama de los entes locales intermedios»<sup>44</sup>.

## 2.2. Las áreas metropolitanas

Una situación parecida a la descrita es la que ofrece el análisis de las áreas metropolitanas, entidad local, en los términos en los que la define el artículo 43 de la LBRL, integrada «por los Municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras». Aunque el hecho metropolitano, las grandes concentraciones urbanas en las que de *facto* los términos municipales han desaparecido, es una realidad en nuestro país, las áreas metropolitanas como forma de gobierno y administración de estos espacios prevista en la LBRL y regulada por el ordenamiento autonómico, han tenido, sin embargo, un desarrollo muy escaso, pues tan solo se han constituido entidades de esta naturaleza para los espacios metropolitanos de Valencia, Barcelona y Vigo. Las Comunidades Autónomas, son ellas las que han de crearlas, no se han mostrado proclives a la instauración de este nivel de gobierno del territorio, pues, como se ha dicho, ven en estas entidades «a un competidor peligroso, más aún si son gobernadas por una fuerza política adversaria»<sup>45</sup>. Es por ello que, incluso, se ha llegado a expresar «la conveniencia de una intervención estatal de simple puesta en marcha de un proceso de institucionalización de las áreas metropolitanas en todo el territorio»<sup>46</sup>, aunque no faltan, desde posiciones distintas, quienes advierten sobre la innecesariedad de esta entidad toda vez que sus funciones «pueden alcanzarse por medios menos complejos como los consorcios»<sup>47</sup>.

El análisis de las áreas existentes arroja el siguiente resultado. La Comunidad de Valencia, tras no pocos vaivenes y cambios profundos en el modelo inicialmente adoptado<sup>48</sup>, se decanta en Ley 2/2001, de 11

<sup>43</sup> T. DE LA CUADRA-SALCEDO, “El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional del Título VIII”, *op. cit.*, págs. 13 y 19.

<sup>44</sup> “Aproximación a la estructura de la Administración local en España”, *Informe sobre Gobierno Local*, pág. 29, 1992, Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.

<sup>45</sup> T. FONT, “Uniformidad y diferenciación en las instituciones autonómicas y locales en España: Aquiles y la tortuga”, F. LÓPEZ MENUDO (dir.), *Derechos y Garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, pág. 1.234, 2011, Madrid: lustel.

<sup>46</sup> T. FONT, “Los retos actuales del Gobierno local: Repolitización, diversificación, interiorización”, (*Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 2, *op. cit.*, pág. 1.937). En la misma línea, F. CASTILLO BLANCO (“La reforma de los gobiernos locales en España: ¿Una oportunidad perdida para lograr una planta local competitiva y sostenible?”, *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 2, *op. cit.*, pág. 1.972-1.973).

<sup>47</sup> M. ZAFRA VÍCTOR, “La provincia: lo importante no es el nombre, lo importante es la función. Intermunicipalidad en el Estado autonómico”, *op. cit.*, pág. 68.

<sup>48</sup> En efecto, la Ley 12/1986, de 31 de diciembre, crea el Área Metropolitana de «L'Horta», como una Administración territorial delimitando una serie de materias sobre las que la entidad habría de ejercer competencias en los términos que dispusiera el legislador sectorial o los municipios que la integran. Las Leyes posteriores apenas otorgaron competencias al área de «L'Horta». Ante esta situación, la Ley 4/1995, de 16 de marzo, reforma la Ley originaria para, según expresa su Preámbulo, «aclarar el ámbito propio de actuación de la Entidad evitando las disfuncionalidades constatadas y dotando al ente de mayor efectividad en su gestión», aclaración que se traduce en la conversión del área en un ente para la prestación asociada de servicios municipales, carácter que mantendrá hasta que

de mayo, opción que mantiene la Ley 8/2010, de 23 de junio, de Régimen Local de la Comunidad Autónoma, por la gestión sectorializada de los intereses de este espacio, al permitir la constitución de concretas áreas metropolitanas cuando «así lo requiera la prestación de un determinado servicio público». La propia Ley creaba la «Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos», con competencias sobre el «servicio del agua en alta, la producción y suministro hasta el punto de distribución municipal», y la «Entidad Metropolitana para el Tratamiento de Residuos», con el objeto de prestar «los servicios de valoración y eliminación de residuos urbanos, de acuerdo con los objetivos marcados por la Generalitat, a través de la normativa sectorial y de conformidad con los instrumentos de planificación en ella previstos»<sup>49</sup>. Cataluña por su parte, corrigiendo igualmente el modelo de administración del espacio metropolitano de Barcelona diseñado en 1987<sup>50</sup>, crea por la Ley 31/2010, de 3 de agosto, el Área metropolitana de Barcelona, que su artículo primero define como «un ente local supramunicipal de carácter territorial». Una opción por la que se decanta también la Ley gallega 4/2012, de 12 de abril, para el Área metropolitana de Vigo<sup>51</sup>. De forma coherente con la naturaleza territorial del ente que crean, estas Leyes les atribuyen diferentes competencias en materias, entre otras, de urbanismo, transporte, movilidad, aguas, residuos, medio ambiente, infraestructuras de interés metropolitano, turismo, promoción cultural, movilidad y transporte o desarrollo económico y social<sup>52</sup>. Unas competencias inicialmente autonómicas y de las que la propia Comunidad dispone en beneficio de la entidad metropolitana en un proceso de descentralización de competencias que da sentido a este nivel intermedio de gobierno entre la propia Comunidad Autónoma y los municipios del área. Ahora bien, también las áreas metropolitanas existentes tienen atribuida la prestación de servicios que la norma que las crea considera que deben ser gestionados a escala supramunicipal<sup>53</sup>, así como, es el caso de la entidad gallega, funciones de asistencia y cooperación con los municipios<sup>54</sup>, en detrimento, de nuevo, de las diputaciones que ven como, también de la mano de estas entidades, su función de apoyo a los municipios puede verse mermada, cuando no abiertamente excluida. De hecho, diferentes autores han venido en los últimos años advirtiendo sobre la difícil convivencia entre áreas metropolitanas y diputaciones, apuntándose, así lo hizo M. BASSOLS, que por «el legislador básico estatal no debería abandonarse la posibilidad de que las Diputaciones provinciales pudieran participar en alguna medida en la gestión metropolitana o incluso asumir un protagonismo de gobierno, con el consentimiento de los Municipios del área»<sup>55</sup>; o, como es el caso de T. FONT, a una posible «refundación» de la provincia por su «refundición» con otros niveles supramunicipales<sup>56</sup> o, de no existir coincidencia entre sus términos territoriales, «soluciones que permitan adecuar la organización de la provincia que contenga un área metropolitana en su interior a esta realidad, retirándose en su función de ente supramunicipal en ese territorio»<sup>56</sup>. Por su parte, la Fundación Democracia y Gobierno Local ha planteado «si no cabría insertar de algún modo más intenso a la Diputación Provincial en la propia organización institucional del área»<sup>57</sup>, y se ha propuesto también la posibilidad de que las áreas metropolitanas, «a través de las correspondientes téc-

la Ley 8/1999, de 3 de diciembre, procede a su supresión en el intento, según declara de nuevo el Preámbulo, «de huir de la creación de órganos dotados de rígidas y pobladas estructuras permanentes, así como en la voluntad de buscar fórmulas de gestión más ágiles y eficaces».

<sup>49</sup> Interesa señalar también que los Municipios que forman parte de las entidades metropolitanas se encuentran mancomunados para la gestión de fines muy diversos. De hecho, en el espacio metropolitano de Valencia existen dos Mancomunidades de fuerte implantación en la zona, la de «L'Horta Nord» y la de «L'Horta Sud», con cometidos muy importantes en ámbitos diversos.

<sup>50</sup> La Ley 7/1987, de 4 de abril, creó para el área de Barcelona la «Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos» y la «Entidad Metropolitana de Transportes». La primera, artículo 15.a), tenía por objeto «la prestación del servicio de transporte público de viajeros en el área»; la segunda, artículo 17, «la coordinación de los servicios en el ámbito de su competencia y la realización, establecimiento y prestación de los servicios relacionados con la captación, tratamiento y distribución de agua potable y con el tratamiento y eliminación de las residuales».

<sup>51</sup> Su artículo 1.2 la define, en efecto, como «entidad local supramunicipal, de carácter territorial».

<sup>52</sup> Los artículos 14 de la Ley catalana y 15 de la gallega delimitan, en términos similares, esos ámbitos materiales.

<sup>53</sup> Es el caso del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable según disponen las Leyes del área metropolitana de Vigo (art. 23) y de Barcelona (art. 14.C).

<sup>54</sup> Así el artículo 30 de la Ley del Área metropolitana de Vigo, determina que «podrá ejercer funciones de asistencia y cooperación con los municipios integrados en ella, especialmente con los de menor capacidad económica y de gestión, para colaborar en el cumplimiento de sus obligaciones urbanísticas. En este sentido, se determinará en la comisión mixta paritaria la transferencia de competencias en esta materia por parte de la Diputación Provincial de Pontevedra a favor del área metropolitana, así como los recursos económicos, humanos y materiales para su ejercicio».

<sup>55</sup> «Las diputaciones provinciales a los diez años de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local: Experiencias y perspectivas», (*La provincia en el Estado de las autonomías*, op. cit., pág. 465). En esta misma línea de integración entre diputaciones y áreas metropolitanas pueden verse las consideraciones de A. SÁNCHEZ BLANCO, *Organización intermunicipal*, págs. 94-99, 2006, Madrid: Iustel.

<sup>56</sup> «Los retos actuales del Gobierno local: Repolitización, diversificación, interiorización», op. cit., págs. 1.937-1.938.

<sup>57</sup> *Libro verde. Los Gobiernos locales intermedios en España*, op. cit., págs. 75-76 y 169-173.

nicas de asignación o delegación competencial», lleven «a cabo, prácticamente, las mismas funciones que las diputaciones, las cuales, por consiguiente, concentrarían su actividad en el resto de los municipios, sobre todo en los de carácter rural»<sup>58</sup>, llegándose, incluso, a decir que el área metropolitana «vendría a ser para sus integrantes una “mini provincia” en todos sus aspectos» que debe «coordinarse con la propia provincia en las grandes cuestiones estratégicas: residuos, aguas, movilidad, infraestructura...»<sup>59</sup>. Desde luego, son propuestas a considerar aunque habrá que examinar detenidamente, sobre todo allí donde la fórmula que se apunta parece implicar la pérdida por las diputaciones de todas sus competencias en estas áreas, en qué medida soluciones de este tipo pudieran atentar contra la propia posición constitucional de la provincia en los términos en los que ha sido interpretada por la jurisprudencia constitucional.

### 2.3. Las mancomunidades de municipios

Las mancomunidades de municipios cierran el elenco de entidades que conforman, de acuerdo con lo dispuesto en la LBRL y el Derecho dictado en su desarrollo, el nivel intermedio de gobierno local en su actual configuración, aunque es probable que, a día de hoy, sea necesario añadir a los consorcios que el propio artículo 26.2 de esta Ley, tras su reforma de 2013, considera una de las fórmulas posibles de gestión, junto con la mancomunidad, para la prestación de los servicios de los municipios de menos de 20.000 habitantes. Algunas disposiciones autonómicas les confieren funciones similares a las de las mancomunidades<sup>60</sup>. Y no faltan, incluso, voces que proponen la unificación de una y otra entidad «en una única figura jurídica»<sup>61</sup>.

Las mancomunidades, entidades, a diferencia de las anteriores, surgidas del derecho de asociación de los municipios para, según dispone el artículo 44.1 de la LBRL, «la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia», han experimentado un extraordinario desarrollo bajo la vigencia de esta disposición que ha contado con el impulso decidido de las Comunidades autónomas cuyo ordenamiento las han fomentado claramente<sup>62</sup>, apostando además por las denominadas mancomunidades «integrales», de «interés general», «comunitario», «comarcal» o «de ámbito comarcal»<sup>63</sup>. En definitiva, por ese modelo de mancomunidad que el entonces Ministerio para las Administraciones Públicas calificaba en 1994 como «mancomunidad evolucionada», en referencia a aquella «en la que se enuncian una pluralidad de fines específicos que irán abordándose sucesivamente para su puesta en funcionamiento y que, más bien, por ello, constituyen un programa de futuras realizaciones y en el que se pone de manifiesto una voluntad política de declinar competencias municipales en favor de ir configurando a través de la asociación voluntaria, un

<sup>58</sup> J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, “La Administración local en el espacio autonómico” (*Congreso Internacional Municipia Siglo XXI. Ciudadanía y Gobierno Local*, págs. 12-13, 2004, Zaragoza). En un estudio posterior el autor parece, sin embargo, apuntarse a las tesis de T. FONT al señalar como «sería, quizás, oportuno plantearse si estas (las áreas metropolitanas) no habrían de llevar a cabo, en el territorio metropolitano, las mismas funciones que las Diputaciones, sustituyendo, por tanto, a las mismas. En este caso las Diputaciones podrían concentrar su actividad en el resto de los Municipios rurales o pequeños Municipios, tal como quiere, por lo demás, nuestra legislación local», solución que, a su juicio, no afectaría, «al contenido esencial de la garantía institucional de la Provincia, la cual no sufriría, en ningún caso, un vaciamiento competencial como Entidad local necesaria incompatible con dicha garantía. Por lo demás, con la finalidad de una estructuración más eficaz de la organización autonómica interna, la delimitación de ámbitos de actuación de las Áreas Metropolitanas y las Diputaciones Provinciales en el territorio metropolitano podría encontrar en la eventual creación de una Comisión de Coordinación o de Cooperación el instrumento más conveniente para su mejor realización» (“Articulación organizativa y Estado compuesto”, *op. cit.*, pág. 15).

<sup>59</sup> F. FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, “De la «cooperación» en el plan provincial de cooperación a las obras y servicios municipales a la «concertación» en otros instrumentos de planificación”, *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, *op. cit.*, pág. 460.

<sup>60</sup> Es el caso de Andalucía cuya Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía local, considera tanto a mancomunidades como a consorcios «entidades de cooperación territorial», definiendo sus objetos en términos muy similares. En el primer caso, artículo 63, «la planificación, establecimiento, gestión o ejecución en común de obras y servicios determinados de competencia propia»; en el segundo, artículo 78, «crear y gestionar servicios y actividades de interés común».

<sup>61</sup> Así F. FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO que añade que el régimen jurídico de la nueva figura vendría «determinado por la refundición de las regulaciones actuales de ambos» (“De la «cooperación» en el plan provincial de cooperación a las obras y servicios municipales a la «concertación» en otros instrumentos de planificación”, *op. cit.*, pág. 476).

<sup>62</sup> Como puede comprobarse, entre otros, en los artículos 32.3 de la Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León, en la redacción dada por la Ley 7/2013, de 27 de septiembre de Ordenación, Servicios y Gobierno del Territorio de la Comunidad; 83.4 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón; 64 de la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y entidades locales de Extremadura; o 50 de la Ley 21/2018, de 23 de junio, de Mancomunidades de la Comunidad de Valencia.

<sup>63</sup> Así, respectivamente, Leyes 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y entidades locales de Extremadura (artículo 19); 1/1998, de 4 de junio, de Régimen local de Castilla y León (artículo 32); 1/2003, de 3 de marzo, de Administración local de La Rioja (artículo 60); 7/1999, de 9 de abril de Administración Local de Aragón (artículo 86); y Ley 21/2018, de 23 de junio, de Mancomunidades de la Comunidad de Valencia artículos 2 y 13).

nuevo ente local supramunicipal que asuma la prestación de los servicios municipales (no solo los mínimos u obligatorios), mientras que se reservan los Municipios mancomunados las competencias más vinculadas territorialmente, cual la administración del patrimonio, las funciones representativas, etc.»<sup>64</sup>. Parece así evidente que la mancomunidad se ha convertido en una entidad dotada de un extraordinario protagonismo en ese mismo nivel de gestión de los intereses públicos, el supramunicipal, que la LBRL asigna, en principio, a las diputaciones. De hecho, no son pocos los autores que vienen reivindicando, en el sentido apuntado por la propia FEMP<sup>65</sup>, la necesidad de «establecer con claridad el marco de actuación que corresponde a las diputaciones provinciales y a las mancomunidades de municipios»<sup>66</sup> y de «reforzar» el papel de las primeras en detrimento precisamente del de «aquellas mancomunidades que no asumen la ejecución de obras o servicios determinados sino otras actividades genéricas e indeterminadas que bien podrían ser gestionadas por las diputaciones provinciales»<sup>67</sup>. De igual forma, se ha postulado que las mancomunidades se creen solo para prestar «el conjunto de competencias puntuales, más afines a una modalidad de prestación de servicios que a una entidad local de fines universales»<sup>68</sup>, con «una disponibilidad limitada centrada, en lo esencial, en la prestación de servicios no obligatorios»<sup>69</sup>; e, incluso, se ha llegado a proponer «su posible supresión», de la mano de «la revisión de las competencias obligatorias de los pequeños municipios y su posible traspaso a las diputaciones»<sup>70</sup>. El movimiento crítico existente en torno a esta entidad alcanza igualmente, y sin desconocer las ventajas que aportan, a las carencias derivadas de su propia «voluntariedad»<sup>71</sup>, «las duplicidades organizativas» que generan<sup>72</sup>, sus «graves inconvenientes desde el punto de vista del principio democrático» o la «devaluación que implican del principio constitucional de “centralidad municipal”»<sup>73</sup>. Valoraciones doctrinales al margen, no pueden dejar de señalarse los intentos de la reforma legal de 2013, fallidos en este como en tantos otros extremos, de reconducir la figura al estricto cumplimiento de los fines propios de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la LBRL. En efecto, tras el abandono de las posiciones iniciales del Gobierno partidario, según quedaría plasmado en las primeras versiones del Anteproyecto de Ley, de la disolución de todas las mancomunidades «cuya sostenibilidad financiera no esté asegurada»<sup>74</sup>, la disposición transitoria undécima de la Ley, introducida por el Congreso de los Diputados como consecuencia de la aceptación de una enmienda presentada por el Grupo parlamentario popular, sin más justificación que la de «concretar el objeto de las mismas»<sup>75</sup>, impone a las mancomunidades «un deber de adaptar sus

<sup>64</sup> J. D' ANJOU GONZÁLEZ, *Las Mancomunidades intermunicipales en el Régimen local español. Antecedentes, situación actual y catálogo de las mismas* (1994), págs. 19-20, 1994, Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.

<sup>65</sup> «Propuestas de la Comisión de Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares de la Federación Española de Municipios y provincias: Fortalecimiento institucional y modernización de las diputaciones, cabildos y consejos insulares y demás entidades locales intermedias» de 10 de abril de 2012.

<sup>66</sup> M. R. ZAMORA ROSELLÓ, «La reestructuración de la planta del gobierno local y las mancomunidades de municipios», *La planta del Gobierno local*, *op. cit.*, págs. 143-144.

<sup>67</sup> E. CARBONELL PORRAS, «¿Existe un criterio sobre las diputaciones provinciales? Algunas reflexiones sobre la provincia en Andalucía», *Crisis económica y reforma del régimen local op. cit.*, pág. 190.

<sup>68</sup> M. ZAFRA VÍCTOR, «El debate sobre la supresión o reforma de las diputaciones provinciales en España», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 27, 2011, pág. 96.

<sup>69</sup> F. CASTILLO BLANCO: «La reforma de los gobiernos locales en España: ¿Una oportunidad perdida para lograr una planta local competitiva y sostenible?», *op. cit.*, pág. 1.973.

<sup>70</sup> M. ARENILLA SÁEZ, «El pequeño municipio: núcleo democrático vs. prestación de servicios», *op. cit.*, pág. 193.

<sup>71</sup> J. LÓPEZ-MEDEL BASCONES y M. ZAFRA VÍCTOR («Análisis del papel y funciones de los Gobiernos locales intermedios: propuestas de articulación», *op. cit.*, págs. 260-261) o M. ZAFRA («La intermunicipalidad, modelo de Estado. La provincia en el Estado autonómico», *op. cit.*, págs. 125 y «La provincia: lo importante no es el nombre, lo importante es la función. Intermunicipalidad en el Estado autonómico», *op. cit.*, pág. 68).

<sup>72</sup> J. J. Díez SÁNCHEZ, «Estrategias para ganar tamaño en la gestión administrativa tras la reforma local de 2013», A. BOIX PALOP y A. M. DE LA ENCARNACIÓN (coords.), *Los retos del Gobierno local tras la reforma de 2013*, pág. 157, 2015, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.

<sup>73</sup> F. VELASCO CABALLERO, «Competencias para la reforma de la planta municipal», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 29, 2012, págs. 62-63.

<sup>74</sup> Coherente con esta posición de partida, se las obligaba a presentar sus cuentas, en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley, ante «los organismos correspondientes del Estado y de la Comunidad Autónoma» con riesgo, en caso contrario, de disolución de la entidad. Además, y en el plazo de un año, los servicios de la mancomunidad serían valorados de acuerdo con el coste estándar que entonces preveía el artículo 26.2, asumiéndolos la diputación si de dicha evaluación resultaba «la inadecuación de la prestación». El propio Gobierno sin embargo, movido probablemente por la oposición que la decisión suscita, así como por los reparos expresados por el Dictamen del Consejo de Estado 567/2013, retira dichas previsiones, de tal forma que el Proyecto de Ley mantiene la regulación de las mancomunidades prevista en la LBRL sin alteración alguna.

<sup>75</sup> Enmienda número 42, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, núm. 58.2, de 30 de octubre de 2013.

estatutos a lo previsto en el artículo 44» de la LBRL, en el plazo de seis meses, para «no incurrir en causa de disolución». Aunque la disposición, declarada conforme a la Constitución por la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/2016, de 3 de marzo, no es suficientemente clara, parecía evidente, y así lo confirmó el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en su «Nota explicativa» sobre la aplicación de la Ley de 4 de marzo de 2014, que afectaba al «objeto y competencias» de la entidad, lo que es lógico toda vez que la Ley ha modificado las competencias de los municipios. Ahora bien, puede ser también que ese obligado proceso de adaptación de las competencias de las mancomunidades a lo dispuesto en el artículo 44 de la LBRL, respondiera, igualmente, a la preocupación del legislador básico estatal de reconducir a la entidad al ámbito en el que este precepto la sitúa, la ejecución de obras o prestación de servicios de competencia municipal, ante esa proliferación de mancomunidades vinculadas a la satisfacción de una pluralidad de fines muy diversos a medio y largo plazo<sup>76</sup>. La interpretación sin embargo, no es momento de entrar en su análisis, que finalmente se va a imponer sobre el alcance de la modificación de las competencias municipales, favorable, en último término, al mantenimiento del *status quo* anterior a la reforma, explica la escasa significación que este proceso ha tenido. Tampoco puede pasar desapercibido que la apuesta de las Comunidades Autónomas por esas mancomunidades de objeto amplio sigue plenamente vigente, como lo confirma la definición que de las mismas ofrece la aún reciente Ley 21/2018, de 16 de octubre, de Mancomunidades de la Comunidad de Valencia, como «entidades locales territoriales» constituidas «para gestionar o ejecutar planes, realizar proyectos y obras o prestar servicios de su competencia a los ciudadanos, acercándoles la administración y potenciando un desarrollo social y económico sostenible, equilibrado e igualitario de estos municipios y sus respectivos territorios».

### 3. Algunas ideas conclusivas

El análisis efectuado nos deja las siguientes conclusiones de interés.

1. La implantación, con grados de desarrollo diferentes en las distintas Comunidades Autónomas, de un nivel de gobierno supramunicipal paralelo al provincial con el que este necesariamente ha de convivir. La norma fundamental, en una decisión de resultados, según parece haber demostrado el tiempo transcurrido, más que dudosos, abrió la puerta a una posible organización supramunicipal distinta a la provincial, pero sin establecer criterio alguno de diferenciación entre ese escalón supramunicipal necesario y ese otro disponible por las Comunidades Autónomas. De esta forma, resulta muy difícil ahormar uno y otro, como ha evidenciado el ordenamiento dictado en su aplicación y una realidad contraria, cuando menos, a la necesaria racionalidad que debe presidir cualquier sistema de Administraciones Públicas.

2. Una visión de conjunto de la organización supramunicipal, a día de hoy, permite, en efecto, comprobar como son muchos los extremos que la definen precisados de reflexión y mejora. En síntesis, y recapitulando cuanto se ha dicho, nos encontramos con la consolidación de una provincia vertebrada en torno la asistencia que la diputación presta a los municipios de menor capacidad económica y de gestión, con la consecuencia –resultado que no estaba, desde luego, predeterminado en la Constitución– de que la diputación carece de todo protagonismo respecto de un buen número de municipios a los que igualmente integra. Y con la consecuencia, también, de que no se ha producido un desarrollo, lo que tampoco parece prohibido por la norma fundamental, de competencias sustantivas o materiales en su favor, lo que, sin duda, hubiera contribuido a reforzar este nivel de gobierno. De otra parte, y si la atención se centra en la organización supramunicipal no necesaria, pueden destacarse, aunque estemos ante un nivel de gobierno que puede ser muy distinto en los diferentes territorios, dos rasgos comunes. A saber: a) La existencia de una confusión clara sobre la función con la que han de cumplir las diferentes entidades previstas por la LBRL y desarrolladas por el ordenamiento autonómico, pues todas ellas han terminado por servir a unos mismos fines. La cooperación con los municipios en la prestación de sus servicios o la gestión de los mismos a nivel supramunicipal, puede igual constituir el cometido propio de una comarca que el de un área metropolitana, el de una mancomunidad e, incluso, el de un consorcio; y b) La consolidación de un nivel supramunicipal que,

<sup>76</sup> Numerosas decisiones adoptadas tanto a nivel estatal como autonómico confirman esta interpretación. Por ejemplo, y en el ámbito estatal, la Circular de la Dirección General de los Servicios Jurídicos y Coordinación territorial de la Federación española de Municipios y Provincias sobre “Las mancomunidades tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013”; en el autonómico, entre otras, el Decreto Ley de la Junta de Extremadura 3/2014, de 10 de junio, que modifica la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de Mancomunidades y entidades locales menores.

al haber hecho precisamente de esas competencias, los ejes esenciales de su labor, ha venido a situarse, no ya desde el punto de vista territorial, sino también material, en el mismo espacio que ocupa la provincia, con la que, por consiguiente, difícilmente convive, hasta el punto de que haya podido afirmarse que aquí radica «uno de los puntos necesariamente focales en el contexto de revisión de las estructuras locales»<sup>77</sup>. La revisión parece, en efecto, obligada una vez consolidado el Estado autonómico surgido de la Constitución de 1978 y con la experiencia aportada por este ya amplio periodo histórico.

### III. UNA REFORMA NECESARIA, QUÉ REFORMA ES POSIBLE

Pocos dudan sobre la necesidad de un nivel intermedio de gobierno local ante la fragmentación del mapa municipal, pero, también, ante la realidad representada por las grandes aglomeraciones urbanas en las que el término municipal no siempre constituye el nivel territorial óptimo para el ejercicio de determinadas competencias. No parece discutible, por tanto, que este nivel de gobierno ha de dar respuesta satisfactoria a las necesidades, muy distintas entre sí, que presentan los diferentes territorios, como tampoco parece cuestionable el hecho de que en su actual configuración no lo hace, de ahí la necesidad de su modificación. Ahora bien, el consenso existente sobre la oportunidad de la reforma se pierde cuando el análisis se sitúa en su posible contenido, ámbito además en el que debe introducirse el factor relativo a quién puede efectuarla, toda vez que muchas de las propuestas que se han formulado a nivel doctrinal, o incluso político, en los últimos años, exigirían de una reforma constitucional. Diferenciar, por ello, en estas reflexiones finales entre aquellos posibles cambios en la organización supramunicipal resultado de una eventual modificación de la Constitución de 1978 y aquellos otros que pudieran venir de la mano del legislador ordinario, ya sea estatal o autonómico.

Si, como hemos afirmado, muchas de las disfunciones que hoy presenta el escalón supramunicipal tienen su origen en la decisión constitucional favorable a la creación por las Comunidades Autónomas de circunscripciones territoriales propias que necesariamente han de sumarse a la provincia a la que, como dejó pronto establecido el Tribunal Constitucional, no pueden sustituir, parece evidente que la vía más adecuada para la mejor articulación de este nivel de gobierno sería la de una reforma constitucional que clarifique el modelo por el que se apuesta. Así, por uno caracterizado por una uniformidad absoluta sobre la base de la provincia sin la compañía de otros entes de naturaleza similar –opción, desde luego, poco acorde con la realidad política y jurídica en la que vivimos–; en el ángulo opuesto, por el definido por una diversidad resultado de las decisiones propias de las distintas Comunidades Autónomas y que pasaría, en el sentido defendido por un sector importante de la doctrina, por la eliminación de la provincia, al menos como ente indisponible<sup>78</sup>. Finalmente, por el que, como hoy ocurre, combine la instancia provincial con otro nivel supramunicipal paralelo a ella, en cuyo caso, lo que no sucede actualmente, tendrían que delimitarse con claridad las funciones propias de una y otro. Desde luego, se trata de un debate fundamental en el que no puede ocultarse la importancia, junto al razonamiento jurídico, de las distintas opciones políticas. Ahora bien, en un plano estrictamente jurídico, y puesto que no parece que hoy concurren las condiciones adecuadas para una reforma constitucional que permitiera, en su caso, disponer de las provincias y tampoco se atisba, en el sentido que apuntara L. COSCULLUELA, «una mutación constitucional, por cambio de la interpretación de los preceptos citados (artículos 137 y 141) por parte del Tribunal Constitucional», que pudiera abrir otras posibilidades de reestructuración de este nivel de gobierno<sup>79</sup>, lo más razonable, y también lo más útil, es partir del régimen constitucional vigente y analizar, por consiguiente, qué es lo que pudiera hacerse por parte del legislador ordinario en orden a una mejor articulación de la organización supramunicipal.

Ante todo, cabe plantear qué reformas o modificaciones podría realizar legislador básico estatal, siendo, desde luego, consciente de las dificultades del reparto de competencias en esta materia y de las dudas

<sup>77</sup> A. EMBID IRUJO, “Reforma de la planta municipal y prestación de servicios locales”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 29, 2012, pág. 102.

<sup>78</sup> Así, y entre otros, M. SÁNCHEZ MORÓN (*Derecho Administrativo, Parte general*, pág. 386, Madrid: Tecnos, 15.ª ed.), P. ESCRIBANO COLLADO (“Provincias y Diputaciones: una polémica sin proyecto institucional”, *op. cit.*, pág. 2.015) o A. BAYONA I RÓCAMORA (“El orden constitucional actual: limitaciones, condicionantes y posibilidades de reforma de las diputaciones provinciales”, *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios, op. cit.*, pág. 52).

El propio Consejo de Estado en su informe 1/2005, de 16 de febrero de 2006, sobre la reforma constitucional apuntó en esta línea.

<sup>79</sup> “Problemática de la Provincia como entidad local” (*op. cit.*, pág. 122) y “El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones” (*op. cit.*, pág. 67).

que, por consiguiente, pueden surgir ante una eventual modificación de la LBRL. De hecho, tanto el texto originario de la Ley de 1985, como las sucesivas reformas de las que ha sido objeto, han precisado, como sabemos, del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Es probable, en primer término, que una mejor articulación del nivel supramunicipal de gobierno aconseje una reforma del régimen de las diputaciones. Aun cuando se ha afirmado que «no parece que sea mucho el margen de disponibilidad que tiene el legislador»<sup>80</sup>, cabe pensar en la posibilidad y oportunidad de esa modificación con, al menos, dos objetivos. De una parte, la definición de su papel en relación con los municipios que no precisan de esa labor de auxilio para la prestación de sus servicios que define actualmente el cometido de la entidad. Aunque se admita que la labor de las diputaciones deba centrarse «muy especialmente, en lo que antaño era y acaso debe ser su función esencial: la asistencia, no sólo económica, sino también técnica-organizativa, a los municipios más pequeños»<sup>81</sup>, habrá que determinar qué es lo que les corresponde hacer respecto del resto de los municipios a los que igualmente integra. No parece lógico sencillamente que las funciones de las diputaciones sobre muchos municipios se ignoren, si es que existen. De otra parte, habría que replantear el sentido y alcance de sus competencias. En efecto, sin poner en cuestión que su núcleo básico sea el constituido por esas funciones de auxilio al municipio, habría, por un lado, que avanzar normativamente en su mejor concreción y forma de ejercicio respecto de esas entidades sobre las que ya las desarrolla<sup>82</sup>, así como dotarla de contenido en su posible proyección sobre esos otros municipios en los que la necesidad de una actuación de asistencia y cooperación no deriva de su insuficiencia, sino de factores de otra índole, como un mejor y más eficiente ejercicio de algunas de sus competencias en zonas altamente pobladas en las que los términos municipales han quedado *de facto* superados. Ahora bien, es importante valorar también, en segundo lugar, la conveniencia, en el sentido defendido, es verdad que con excepciones significativas<sup>83</sup>, por un sector importante de la doctrina y por instituciones diversas<sup>84</sup>, de la atribución a las diputaciones de competencias sustantivas o materiales que la Constitución no excluye y la LBRL permite, aunque sus previsiones en este sentido no hayan contado nunca con un desarrollo suficiente, imputable, en buena medida, al Derecho autonómico. Tampoco puede pasar desapercibido que otras entidades supramunicipales cuentan con competencias de esta naturaleza<sup>85</sup>. En síntesis, es preciso determinar si, como sostiene G. FERNÁNDEZ FARRERES, la consideración de la provincia como agrupación de municipios determina

<sup>80</sup> G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Qué hacer con las diputaciones provinciales (Presupuestos y límites constitucionales para su reforma)”, *op. cit.*, pág. 97.

<sup>81</sup> J. LÓPEZ-MEDEL BASCONES y M. ZAFRA VÍCTOR, “Análisis del papel y funciones de los Gobiernos locales intermedios: propuestas de articulación”, *op. cit.*, pág. 270.

<sup>82</sup> En tal sentido, J. M. CARBONERO GALLARDO (“El nuevo papel de las Diputaciones provinciales”, J. A. CARRILLO DONAIRE y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (coord.), *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, pág. 260, 2014, Madrid: La Ley), G. FERNÁNDEZ FARRERES [“Qué hacer con las diputaciones provinciales (Presupuestos y límites constitucionales para su reforma)”, *op. cit.*, págs. 100-101], F. FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO (“De la «cooperación» en el plan provincial de cooperación a las obras y servicios municipales a la «concertación» en otros instrumentos de planificación”, *op. cit.*, págs. 461-476), o L. PAREJO ALFONSO (“Algunas reflexiones sobre posibles líneas maestras de arreglo de la provincia y la diputación peninsulares de régimen común”, *op. cit.*, pág. 27). En igual sentido, *Libro verde. Los gobiernos locales intermedios* (*op. cit.*, págs. 110-111).

<sup>83</sup> Es el caso de G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Qué hacer con las diputaciones provinciales (Presupuestos y límites constitucionales para su reforma)”, *op. cit.*, pág. 100.

<sup>84</sup> En tal sentido, pueden verse las consideraciones de S. MARTÍN-RETORILLO (*La provincia. Pasado, presente y futuro*, *op. cit.*, pág. 83) y F. LÓPEZ RAMÓN (“Los servicios públicos propios de la provincia”, R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *La provincia en el sistema constitucional*, págs. 356-357, 1991, Madrid: Civitas) o, en tiempos más recientes, las de J. M. CARBONERO GALLARDO (“El nuevo papel de las diputaciones provinciales”, *op. cit.*, pág. 260, autor que, con anterioridad, se había manifestado en contra de esta posibilidad, “La provincia de régimen común”, *op. cit.*, págs. 48-49), J. L. RIVERO YSERN (“El régimen local en el nuevo Estatuto de Autonomía. Reglas sustantivas y distribución de competencias”, S. MUÑOZ MACHADO y R. REBOLLO PUIG (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, pág. 861, 2008, Madrid: Civitas-Thomson), E. CARBONELL PORRAS (“¿Existe un criterio sobre las diputaciones provinciales? Algunas reflexiones sobre la provincia en Andalucía”, *op. cit.*, págs. 190-191), R. JIMÉNEZ ASENSIO (“Diputaciones provinciales: ¿tiempo de prórroga?”, *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 35, 2016, pág. 11) o A. BAYONA I ROCAMORA (“El orden constitucional actual: limitaciones, condicionantes y posibilidades de reforma de las diputaciones provinciales”, *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, *op. cit.*, págs. 45-50).

Así se ha defendido también por la FEMP (“Propuestas de la Comisión de Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares de la Federación Española de Municipios y provincias sobre Fortalecimiento institucional y modernización de las diputaciones, cabildos y consejos insulares y demás entidades locales intermedias” de 10 de abril de 2012) y por la Fundación Democracia y Gobierno Local (*Libro verde. Los Gobiernos locales intermedios*, *op. cit.*, págs. 111-129 y 188-189).

<sup>85</sup> Es el caso, como ya vimos, de comarcas y áreas metropolitanas. En tal sentido puede verse el Capítulo II de la Ley 1/1991, de 14 de marzo, de creación de la comarca del Bierzo, el Título III del Decreto Legislativo 1/2006, del Texto Refundido de la Ley de comarcalización de Aragón, o los Títulos II y III de la Ley 31/2010, de 3 agosto, del Área metropolitana de Barcelona.

«el carácter residual y excepcional» de las competencias materiales que pudieran atribuírseles<sup>86</sup>, o sí, y todo apunta en principio a qué es posible, otra cosa es que exista voluntad política en tal sentido, cabe avanzar en esta línea, como mantienen otros muchos autores y han reivindicado recientemente las propias diputaciones en la declaración institucional sobre «el papel de los gobiernos provinciales en el equilibrio territorial: Entre la despoblación rural y la concentración urbana», efectuada por la “IV Conferencia de Presidentes de Gobiernos Provinciales”, celebrada en Granada en febrero de 2019<sup>87</sup>. Si es así, habría, y ahí está el verdadero reto, que identificar las «materias concretamente supramunicipales»<sup>88</sup>, los «intereses propios» del espacio provincial, base imprescindible para la determinación de esas posibles competencias. Aunque contamos ya con las concreciones efectuadas por diferentes autores<sup>89</sup>, así como con las formuladas por la Comisión de diputaciones provinciales, cabildos y consejo insulares de la FEMP o por la Fundación Democracia y Gobierno Local<sup>90</sup>, hay que reconocer, no obstante, que la determinación de los intereses propios de la provincia y la delimitación de las materias y competencias que respecto de ellos podrían asumir las diputaciones, constituye una tarea compleja –habría que aclarar además cuál es el legislador competente<sup>91</sup>–, pero que, quizás, merezca la pena abordar si se quiere verdaderamente reordenar el nivel de gobierno supramunicipal. Para la fijación de estas competencias, podrían explorarse las posibilidades ofrecidas por el examen de la escala territorial adecuada para la prestación de los distintos servicios públicos locales, su nivel óptimo de prestación. Nuestro ordenamiento puede considerarse muy deficitario en este sentido, pues no ha contado nunca con reglas generales que permitan determinar a quién corresponde fijar esos ámbitos territoriales y de acuerdo con qué principios o criterios ha de hacerse<sup>92</sup>, teniendo en cuenta además que han de ser, por definición, variables al depender, entre otros factores, del objeto de cada servicio, de las características del territorio en el que se presten o del nivel y distribución de la población en el mismo<sup>93</sup>. Por ello, y en la línea ya apuntada por M. BASSOLS<sup>94</sup>, F. LÓPEZ RAMÓN o J. J. Díez SÁNCHEZ<sup>95</sup>, cabría valorar la posibilidad

<sup>86</sup> “Qué hacer con las diputaciones provinciales (Presupuestos y límites constitucionales para su reforma)”, *op. cit.*, pág. 83.

<sup>87</sup> En su apartado 3, concretamente, puede leerse: «Afirmamos la necesidad de la existencia de un nivel intermedio en el Gobierno local que complemente el municipal. Reivindicamos que el legislador, teniendo en cuenta las peculiaridades del mundo local, remueva los obstáculos normativos que dificultan la labor de los Gobiernos locales intermedios y que les atribuya competencias en cantidad y calidad suficientes, a título de competencias propias, de manera que estén efectivamente en condiciones de poder decidir y poner en práctica políticas propias».

El texto de la declaración puede encontrarse en la *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 44, 2019, págs. 18-21.

<sup>88</sup> En términos de F. GARCÍA RUBIO, “Las entidades supramunicipales en el Gobierno local español. Reflexiones tras la reforma de la sostenibilidad”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 34, 2014, pág. 181.

<sup>89</sup> Así con las de R. PARADA (“La segunda descentralización. Del Estado autonómico al municipal”, págs. 54-62, 2007, Cizur Menor: Thomson-Civitas), A. SÁNCHEZ BLANCO (*Organización intermunicipal*, *op. cit.*, pág. 99), L. COSCULLUELA (“El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones”, *op. cit.*, págs. 50-51), V. MERINO ESTRADA (“Las competencias de la provincia como entidad local”, *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, *op. cit.*, págs. 420-432 y 440-443) o L. PAREJO que si, en un tiempo anterior, había mantenido «la imposibilidad de una diferenciación neta y sustantiva» entre «intereses municipales y/o provinciales» (“La provincia como entidad local determinada por la agrupación de municipios: Fines básicos y competencias mínimas”, *La provincia en el sistema constitucional*, *op. cit.*, pág. 9), va a señalar en 2016 que «desde el punto de vista funcional» procede «la superación de la actual coincidencia sustancial de los círculos de intereses de ambos escalones locales (diferenciados solo por el criterio de la municipalidad-supramunicipalidad) y la consecuente atribución de un elenco propio de competencias, si bien sin reconocimiento de una capacidad universal (por reserva exclusiva de la potencia creativa del escalón municipal)» (“El porvenir a la luz de los condicionantes de la actual coyuntura, del escalón supramunicipal de la Administración local”, *op. cit.*, pág. 2).

<sup>90</sup> Expuestas, respectivamente, en *Propuestas de la Comisión de Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares de la Federación Española de Municipios y provincias: Fortalecimiento institucional y modernización de las diputaciones, cabildos y consejos insulares y demás entidades locales intermedias* de 10 de abril de 2012; y en el *Libro verde. Los Gobiernos locales intermedios* (*op. cit.*, págs. 111-119).

<sup>91</sup> Cuestión sobre la que tampoco existe consenso en la doctrina. En términos favorables a la competencia del legislador estatal pueden verse las consideraciones de M. ALMEIDA CERRADA (“La reforma de la planta local, estructura competencial, organización y articulación de la Administración local”, *op. cit.*, págs. 102-105). En sentido contrario, las de F. VELASCO CABALLERO y C. VIVER y PI-SUNYER (“Competencias para la reforma de la planta local”, *Elementos para un debate sobre la reforma institucional de la planta local en el Estado autonómico*, *op. cit.*, pág. 152).

<sup>92</sup> Por ello, lo habitual, como señala M. VAQUER, es que la decisión sobre «el interés municipal, comarcal, provincial o supralocal» de un concreto servicio o actividad haya quedado «en manos de la inercia histórica, de la capacidad de gasto de cada Gobierno territorial y de la competencia entre ellos en ejercicio de su autonomía política» (“Gobiernos locales intermedios y prestación de servicios locales”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 29, 2012, pág. 150).

<sup>93</sup> Sobre los criterios a utilizar en la delimitación de estos espacios pueden verse, entre otras, las aportaciones de M. VAQUER CABALLERÍA (“Gobiernos locales intermedios y prestación de servicios locales”, *op. cit.*, págs. 150-151) o M. ARENILLA SÁEZ (El pequeño municipio: núcleo democrático vs. Prestación de servicios”, pág. 201 y ss.).

<sup>94</sup> “Las diputaciones provinciales a los diez años de la Ley reguladora de las bases del régimen local: Experiencias y perspectivas”, *op. cit.*, págs. 462-465.

<sup>95</sup> “Estrategias para ganar tamaño en la gestión administrativa tras la reforma local de 2013”, *op. cit.*, págs. 160-162.

de actuar, en términos del segundo de estos autores, «uniendo los poderes de organización del territorio con los de ordenación del mismo»<sup>96</sup>. La determinación de la escala territorial adecuada para el ejercicio de cada competencia, para la prestación de cada servicio, puede considerarse un presupuesto especialmente idóneo para la decisión sobre la entidad: el municipio, la diputación u otro ente de similar naturaleza, que debería asumir su prestación; e, incluso, para aislar los supuestos en los que pudiera resultar conveniente una fusión de municipios<sup>97</sup> o simples fórmulas de colaboración que no impliquen la creación de nuevos entes<sup>98</sup>.

Una eventual reforma de la LBRL con el objetivo de una mejor articulación del nivel supramunicipal de gobierno del territorio, debería también plantearse una delimitación más precisa del papel de las distintas entidades que lo componen. Es cierto que ya la LBRL de 1985 ofrecía una definición de cada una de ellas y que ha sido, en buena medida, por obra del ordenamiento autonómico y la actuación de la Administración autonómica por lo que el modelo legal se ha visto distorsionado. Ahora bien, siendo así, quizás sea aconsejable una reforma legal que deje establecida con una mayor precisión la función, el papel que cada una de esas entidades ha de cumplir, si es no se desea, como hoy ocurre, que sean intercambiables, qué entidades distintas con regímenes diferentes valgan para satisfacer los mismos cometidos. Las frecuentes alusiones de la doctrina a la necesidad de «repensar el sentido y magnitud de todas estas fórmulas»<sup>99</sup>, de deslindar «la propia razón de existir» de las distintas entidades que integran la «planta local»<sup>100</sup>, dado que si «no presentan rasgos diferenciales y aparecen como entidades indistintas, la duplicidad y la ineficiencia provocarán desorientación, y privarán de justificación a una necesidad estructural»<sup>101</sup>, da cuenta, en efecto, de un estado de opinión crítico con la situación actual, pero en el que es más difícil, sin embargo, encontrar propuestas concretas sobre el sentido y alcance de una posible reforma legal. Desde luego, han de reconocerse las dificultades que el empeño conlleva, pues a la falta de criterios constitucionales que permitan diferenciar entre las distintas entidades que pueden situarse en ese nivel intermedio de gobierno entre Comunidades Autónomas y municipios, debe añadirse la duda, siempre presente, sobre el alcance de la competencia del legislador básico estatal en la materia<sup>102</sup>. No obstante, la Ley de 1985 ya las reguló, el problema es que sus disposiciones en la materia quizás no fueran lo suficiente precisas o, por lo menos, no han servido para situar el desarrollo de la supramunicipalidad sobre bases que conduzcan a un modelo más racional del que finalmente se ha implantado. Es, por ello, que cabe exigir al legislador un mayor esfuerzo en la definición del cometido propio de cada entidad, distinguiendo entre aquellas surgidas del derecho de asociación de los municipios y las que son el resultado de la institucionalización por las Comunidades Autónomas de un nivel propio de gobierno, esfuerzo que ha de alcanzar a la correcta delimitación de las funciones de cada una de ellas en relación con la entidad provincial<sup>103</sup>.

<sup>96</sup> «Políticas ante la fragmentación del mapa municipal» (*Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 313-314, 2010, pág. 100). El autor ya había examinado, en 1991, la «escasa presencia de la Provincia en la Ordenación del territorio», afirmación que puede seguir suscribiéndose («Los servicios públicos propios de la provincia», *op. cit.*, págs. 359-365).

<sup>97</sup> En tal sentido M. VAQUER, «Gobiernos locales intermedios y prestación de servicios locales», *op. cit.*, pág. 153.

<sup>98</sup> Una posibilidad que para autores como J. I. MARTÍNEZ GARCÍA debería potenciarse («Diez tesis sobre organización territorial», *Revista de Estudios Locales*, núm. 186, 2015, pág. 570) o, al menos, no descartarse (C. ESCUIN PALOP, «Algunas reflexiones sobre la Administración local», *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. II, *op. cit.*, págs. 1.990-1.992). Al respecto puede verse también el estudio de E. CARBONELL PORRAS, «La cooperación intermunicipal en la realización de las obras y los servicios locales (reflexiones a propósito de algunos mecanismos distintos de la creación de entidades supramunicipales)», *Anuario de Derecho Municipal*, 2010, págs. 57 y ss.

<sup>99</sup> J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, «Estrategias para ganar tamaño en la gestión administrativa tras la reforma local de 2013», *op. cit.*, pág. 158.

<sup>100</sup> F. VELASCO CABALLERO, «La planta local en España: criterios para la toma de decisiones», *op. cit.*, pág. 31.

<sup>101</sup> J. LÓPEZ-MEDEL BASCONES y M. ZAFRA VÍCTOR, «Análisis del papel y funciones de los Gobiernos locales intermedios: propuestas de articulación», *op. cit.*, pág. 266.

<sup>102</sup> Sobre el alcance de competencias estatales y autonómicas en la materia, me remito a lo expuesto, entre otros, por F. FERNÁNDEZ FARRERES («Qué hacer con las diputaciones provinciales (Presupuestos y límites constitucionales para su reforma)», *op. cit.*, págs. 78-81).

<sup>103</sup> En este sentido, puede destacarse el reciente esfuerzo realizado por L. PAREJO de «fijación de las líneas de solución (en el marco legal básico)» para la necesaria racionalización del nivel de gobierno supramunicipal y la debida articulación entre la provincia y el resto de entidades que lo componen, proponiendo «la previsión de la intervención de la provincia en los procedimientos autonómicos de creación, modificación o supresión o disolución de comarcas u otras entidades determinadas por la agrupación de municipios, y la potenciación (con traducción de competencias) de las tareas provinciales de colaboración, cooperación y, especialmente, coordinación de la gestión de intereses locales supramunicipales encomendadas a dichas entidades, así como de la colaboración y cooperación en asuntos de interés común con las áreas metropolitanas». También considera que podría resultar conveniente «imponer a las diputaciones la acción concentrada o, incluso, descentralizada» en comarcas u otras entidades infraprovinciales «de las actividades cuya lógica lo hiciera pertinente». Finalmente, «la introducción de un informe provincial determinante» en los procedimientos de creación, modificación o supresión de mancomunidades u otras organizaciones asociativas municipales «y el reforzamiento de las competencias de coordinación ya asignadas respecto de los servicios prestados por dichas entidades», así como la «delegación directa de competen-

Ahora bien, el que el legislador estatal pueda, y deba, contribuir a la reconducción de la situación actual, no puede hacernos olvidar que la consecución de ese reto pasa, en buena medida, por las Comunidades Autónomas que tienen en sus manos la decisión sobre la vertebración de su territorio a partir de la creación de circunscripciones territoriales propias y son las competentes para la fijación de su régimen jurídico. No cabe olvidar que, en muchos casos, han sido ellas las que han legislado en términos que han contribuido decididamente a la contestada situación a la que hemos llegado y las que tienen que proceder, a nivel interno, a la clarificación de la situación. A ellas corresponde pues, dentro del respeto al ordenamiento básico estatal, precisar la función de las distintas entidades que en su ámbito integran el nivel de gobierno local y establecer un modelo de relación entre ellas, y con la provincia, racional y coherente, pues es claro que «un sistema complejo solamente es viable si se realiza una distribución de los cometidos entre las unidades que lo integran»<sup>104</sup>. Iniciativas como la fallida Proposición de Ley de Distribución de responsabilidades administrativas entre las entidades locales aragonesas presentada en las Cortes de Aragón en 2014 parecen apuntar en la dirección adecuada<sup>105</sup>.

Ante una posible reordenación del nivel intermedio de gobierno local no debería olvidarse el flanco representado por la relación de las entidades que lo componen con las Comunidades Autónoma. Un debate prácticamente olvidado desde que, muy pronto, la Administración autonómica lograra imponer y consolidar una estructura periférica en clara oposición a los intentos, a los que ganarán la partida, de utilización de las diputaciones como entes para la gestión ordinaria de las competencias autonómicas. Una posibilidad, sin embargo, que sigue contando con reconocimiento legal aunque ciertamente los vientos no soplen en esa dirección<sup>106</sup>.

En definitiva, mientras la Constitución no se modifique y pueda establecerse, en su caso, un nuevo modelo de organización supramunicipal, no cabe más que reivindicar, tanto del legislador estatal como del autonómico, aquellas modificaciones que coadyuven a una mejor articulación del sistema, lo que es probable que pase por una reconsideración de las competencias de las diputaciones respecto de todos los municipios, pues todos ellos forman hoy parte de la provincia, así como por la clarificación de «la propia razón de existir» de las distintas entidades que «integran la “planta local”»<sup>107</sup>, poniendo fin a la confusión existente. L. PAREJO ha apuntado recientemente, y aportaciones de esta naturaleza han de ser bienvenidas, que «la racionalización que procede» es «la que i) descansa en la posición institucional prevalente que, por evidente decisión constitucional, debe reconocerse a la provincia en el escalón de la gestión de los intereses locales desbordantes del horizonte municipal, y ii) se inscribe en la lógica de la colaboración, cooperación y coordinación interadministrativas desde los valores de la solidaridad territorial y la cohesión social, pero iii) debe respetar los límites que resultan de la competencia legislativa autonómica y el derecho de asociación del municipio garantizado en la Carta Europea de la Autonomía Local»<sup>108</sup>. Desde luego, es claro que cualquier reforma normativa en una materia tan trascendente y sensible deberá ir acompañada de un debate político serio y de los consensos necesarios entre las distintas fuerzas políticas. Aunque las circunstancias presentes no inviten precisamente al optimismo, hay que mantener la confianza de que, entre todos, seamos capaces de responder al reto que hoy representa una adecuada articulación del nivel intermedio de gobierno local. Como ya ha indicado F. DELGADO PIQUERAS «no se puede negar la conveniencia de una reforma del título VIII de la Constitución», pero «mientras tanto, tampoco se pueden dejar de acometer reformas legales, por más que resolver este debate parezca “la cuadratura del círculo”. Ese problema matemático, en apariencia insoluble, en realidad lo era para los griegos clásicos, que solo usaban la regla y el compás. Pero dejó de serlo en cuanto se descubrió la constante “pi”»<sup>109</sup>.

---

cias en los municipios sea por la Administración del estado, sea por la autonómica (con posible condicionamiento de tal operación a la apreciación, debidamente motivada, de preferencia a la delegación en la propia provincia)» («Algunas reflexiones sobre posibles líneas maestras de arreglo de la provincia y la diputación peninsulares de régimen común», *op. cit.*, págs. 26-27).

<sup>104</sup> A. GALÁN GALÁN, «La provincia como parte de un sistema de Administraciones Públicas. La necesaria articulación competencial», *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedio*, *op. cit.*, pág. 408.

<sup>105</sup> *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón*. Número 250. 18 de julio de 2014.

<sup>106</sup> Al respecto pueden verse, entre otras, las consideraciones de T. DE LA CUADRA SALCEDO («El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional del Título VIII», *op. cit.*, págs. 3-5). Años antes, M. BASSOLS, en un conjunto de reflexiones de plena vigencia, abogaba por «una actualización del propio contenido del Régimen local», en especial, «en la faceta que afecta a sus conexiones y relaciones con las Comunidades Autónomas» («Las diputaciones provinciales a los diez años de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local: Experiencias y perspectivas», *op. cit.*, págs. 456-457).

<sup>107</sup> F. VELASCO CABALLERO, «La planta local en España: criterios para la toma de decisiones», *op. cit.*, pág. 31.

<sup>108</sup> «Algunas reflexiones sobre posibles líneas maestras de arreglo de la provincia y la diputación peninsulares de régimen común», *op. cit.*, pág. 26.

<sup>109</sup> «La provincia en las comunidades autónomas pluriprovinciales, su compatibilidad con la comarca y otras nuevas administraciones», *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 3, 2016, pág. 15.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA CERRADA, M. (2013): “La reforma de la planta local, estructura competencial, organización y articulación de la Administración local”, en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.): *La planta del Gobierno Local: actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, pág. 100-105. Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013. Madrid: Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo-Fundación Democracia y Gobierno Local.
- ARENILLA SÁEZ, M. (2012): “El pequeño municipio: núcleo democrático vs. prestación de servicios”, en *Documento Técnico. Elementos para un debate sobre la reforma institucional de la planta local en el Estado autonómico*, págs. 193-214. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local. URL: <https://www.gobiernolocal.org/elementos-para-un-debate-sobre-la-reforma-institucional-de-la-planta-local-en-el-estado-autonomico-2/>.
- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (coord.) (2016): *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 2, pág. 2.006. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2015): “La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo artículo 26 de la LBRL. La difícil interpretación de un precepto fundamental”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 170, págs. 21 y ss.
- BASSOLS COMA, M. (1996): “Las diputaciones provinciales a los diez años de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local: Experiencias y perspectivas”, en *La provincia en el Estado de las autonomías*, págs. 456-465. Madrid: Diputación de Barcelona-Marcial Pons.
- BAYONA I ROCAMORA, A. (2017): “El orden constitucional actual: limitaciones, condicionantes y posibilidades de reforma de las diputaciones provinciales”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.) y ARROYO GIL, A. (coord.): *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, págs. 45-52. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- BEATO ESPEJO, M. (1996): “Las diputaciones provinciales del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a los diez años de vigencia de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local”, en *La provincia en el Estado de las autonomías*, págs. 260-261. Madrid: Diputación de Barcelona-Marcial Pons.
- CARBALLEIRA RIVERA, M.<sup>a</sup> (1993): *La provincia en el sistema autonómico español*, págs. 23-75. Madrid: Marcial Pons.
- CARBONELL PORRAS, E. (2010): “La cooperación intermunicipal en la realización de las obras y los servicios locales. (Reflexiones a propósito de algunos mecanismos distintos de la creación de entidades supramunicipales)”, en *Anuario de Derecho Municipal 2010*, núm. 4, págs. 57-96. URL: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/664366>.
- CARBONELL PORRAS, E. (2012): “¿Existe un criterio sobre las diputaciones provinciales? Algunas reflexiones sobre la provincia en Andalucía”, en COSCULLUELA MONTANER, L.; MEDINA ALCOZ, L. (dirs.) y HERNANDO RYDINGS, M. (coord.): *Crisis económica y reforma del régimen local*, pág. 190-191. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.
- CARBONELL PORRAS, E. (2016): “Replanteamiento sobre las provincias: del pretendido reforzamiento de su posición institucional a una posible mutación constitucional”, en *Anuario del Gobierno Local 2015/2016*, págs. 124-125. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- CARBONERO GALLARDO, J. M. (2005): “La provincia de régimen común”, en CARBONERO GALLARDO, J. M. (dir.): *La intermunicipalidad en España*, págs. 48-49. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas (MAP).
- CARBONERO GALLARDO, J. M. (2014): “El nuevo papel de las Diputaciones provinciales”, en CARRILLO DONAIRE, J. A. y NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coord.): *La reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, pág. 260. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2004): “La Administración local en el espacio autonómico”, en *Congreso Internacional Municipia Siglo XXI. Ciudadanía y Gobierno Local*, págs. 12-13. Zaragoza, 1-3 de diciembre del 2004. URL: <http://old.dpz.es/diputacion/areas/presidencia/asistencia-municipios/municipia/congreso/ponencias.htm>.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L. (2016): “Articulación organizativa y Estado compuesto”, en *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 3, págs. 6-15. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i3.10369>.
- CASTILLO BLANCO, F. (2016): “La reforma de los gobiernos locales en España: ¿Una oportunidad perdida para lograr una planta local competitiva y sostenible?”, en BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (coord.): *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 2, págs. 1.972-1.973. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- CLAVERO ARÉVALO, M. F. (1985): “La Provincia ante una encrucijada histórica en el ciento cincuenta aniversario de su creación (1833-1893)”, en *La Provincia: IX Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, pág. 245, 1984. Granada: Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2011): “El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones”, en *Anuario del Gobierno local 2011*, págs. 50-67. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1248>.

- COSCULLUELA MONTANER, L. (2012): “Problemática de la Provincia como entidad local”, en COSCULLUELA MONTANER, L.; MEDINA ALCOZ, L. (dirs.) y HERNANDO RYDINGS, M. (coord.): *Crisis económica y reforma del régimen local*, págs. 122-124. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.
- D’ ANJOU GONZÁLEZ, J. (1994): *Las Mancomunidades intermunicipales en el Régimen local español. Antecedentes, situación actual y catálogo de las mismas*, págs. 19-20. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas (MAP).
- DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (2016): “El debate sobre las diputaciones en un escenario de reforma constitucional del Título VIII”, en *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 3, págs. 3-19. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i3.10370>.
- DELGADO PIQUERAS, F. (2016): “La provincia en las comunidades autónomas pluriprovinciales, su compatibilidad con la comarca y otras nuevas administraciones”, en *Documentación Administrativa (DA)*, núm. 3, pág. 15. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i3.10373>.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (2015): “Estrategias para ganar tamaño en la gestión administrativa tras la reforma local de 2013”, en BOIX PALOP, A. y DE LA ENCARNACIÓN, A. M.<sup>a</sup> (coord.): *Retos del Gobierno Local tras la reforma de 2013*, págs. 157-162. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi.
- EMBED IRUJO, A. (2012): “Reforma de la planta municipal y prestación de servicios locales”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 29, pág. 102. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1292>.
- ESCRIBANO COLLADO, P. (2016): “Provincias y diputaciones: Una polémica sin proyecto institucional”, en BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (coord.): *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 2, págs. 1.995-2.017. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- ESCUIN PALOP, C. (2016): “Algunas reflexiones sobre la Administración local”, en BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (coord.): *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 2, págs. 1.990-1.992. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2017): “Qué hacer con las diputaciones provinciales (Presupuestos y límites constitucionales para su reforma)”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.) y ARROYO GIL, A. (coord.): *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, págs. 78-101. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO, F. (2017): “De la «cooperación» en el plan provincial de cooperación a las obras y servicios municipales a la «concertación» en otros instrumentos de planificación”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.) y ARROYO GIL, A. (coord.): *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, págs. 460-476. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J. (1999): *Régimen jurídico de la Comarca en el sistema autonómico español*, pág. 280. Barcelona: Cedecs.
- FONT I LLOVET, T. (1992): “Aproximación a la estructura de la Administración local en España”, en FONT I LLOVET, T. (coord.): *Informe sobre Gobierno Local*, pág. 29. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas-Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis Autonòmics i Locals.
- FONT I LLOVET, T. (2011): “Uniformidad y diferenciación en las instituciones autonómicas y locales en España: Aquiles y la tortuga”, en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.): *Derechos y Garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, pág. 1.234. Madrid: lustel.
- FONT I LLOVET, T. (2016): “Los retos actuales del Gobierno local: Repolitización, diversificación, interiorización” en BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (coord.): *Memorial para la reforma del Estado: estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. 2, págs. 1.937-1.938. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC).
- FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL (2011): *Libro verde. Los Gobiernos locales intermedios en España. Diagnóstico y propuestas para reforzar el valor institucional de las diputaciones provinciales y de los demás gobiernos locales intermedios en el Estado autonómico*, pág. 76-189. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local. URL: <https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/772>.
- GALÁN GALÁN, A. (2017): “La provincia como parte de un sistema de Administraciones Públicas. La necesaria articulación competencial”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.) y ARROYO GIL, A. (coord.): *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, págs. 408. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981): *Informe de la Comisión de expertos sobre Autonomías*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GARCÍA RUBIO, F. (2014): “Las entidades supramunicipales en el Gobierno local español. Reflexiones tras la reforma de la sostenibilidad”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 34, pág. 181. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1533>.
- GIFREU I FONT, J. (2017): “La atomización de la planta municipal y sus repercusiones en la prestación eficiente de los servicios mínimos obligatorios: la operatividad de la función coordinadora de las diputaciones provinciales”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.) y ARROYO GIL, A. (coord.): *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, págs. 131-214. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2016): “Diputaciones provinciales: ¿tiempo de prórroga?”, en *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 35, pág. 11. URL: <https://www.gobiernolocal.org/revista-democracia-y-gobierno-local-no-35/>.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (1991): “Los servicios públicos propios de la provincia”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.): *La provincia en el sistema constitucional*, págs. 356-365. Madrid: Civitas.

- LÓPEZ RAMÓN, F. (2010): “Políticas ante la fragmentación del mapa municipal”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 313-314, pág. 100. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi313-314.9923>.
- LÓPEZ RODÓ, L. (1985): “La Provincia en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y en Canarias”, en *La Provincia: IX Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, pág. 395-403. Granada, 1984. Granada: Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada.
- LÓPEZ-MEDEL BASCONES, J. y ZAFRA VICTOR, M. (2012): “Análisis del papel y funciones de los Gobiernos locales intermedios: propuestas de articulación”, en FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL: *Documento Técnico. Elementos para un debate sobre la reforma institucional de la planta local en el Estado autonómico*, págs. 250-282. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local. URL: <https://www.gobiernolocal.org/elementos-para-un-debate-sobre-la-reforma-institucional-de-la-planta-local-en-el-estado-autonomico-2/>.
- MARTÍNEZ GARCÍA, J. I. (2015): “Diez tesis sobre organización territorial”, en *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 181, pág. 570.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1991): *La Provincia. Pasado, presente y futuro*. Madrid: Civitas.
- MERINO ESTRADA, V. (2017): “Las competencias de la provincia como entidad local”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.) y ARROYO GIL, A. (coord.): *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, págs. 420-443. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- MORALES MATO, G. y MÉNDEZ GARCÍA, B. (2017): “Despoblación rural, comarcas y áreas metropolitanas en España”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.) y ARROYO GIL, A. (coord.): *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, págs. 125. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. (2007): *La segunda descentralización. Del Estado autonómico al municipal*, págs. 54-62. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
- PAREJO ALFONSO, L. (1991): “La provincia como entidad local determinada por la agrupación de municipios: Fines básicos y competencias mínimas”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (dir.): *La provincia en el sistema constitucional*, págs. 9. Madrid: Civitas.
- PAREJO ALFONSO, L. (2012): “Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 29, pág. 20. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1285>.
- PAREJO ALFONSO, L. (2016): “¿Tiene futuro la provincia como entidad local intermedia?”, en *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 34, pág. 5-9. URL: <https://www.gobiernolocal.org/revista-democracia-y-gobierno-local-no-34/>.
- PAREJO ALFONSO, L. (2016): “El porvenir a la luz de los condicionantes de la actual coyuntura, del escalón supramunicipal de la Administración local”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, págs. 2-28. URL: [http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1701/03\\_PAREJO\\_P12\\_37\\_QDL\\_40.pdf](http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1701/03_PAREJO_P12_37_QDL_40.pdf).
- PAREJO ALFONSO, L. (2017): “Algunas reflexiones sobre posibles líneas maestras de arreglo de la provincia y la diputación peninsulares de régimen común”, en PAREJO ALFONSO, L. (dir.) y ARROYO GIL, A. (coord.): *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios*, pág. 17-27. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- RIVERO YSERN, J. L. (2008): “El régimen local en el nuevo Estatuto de Autonomía. Reglas sustantivas y distribución de competencias”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, R. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, pág. 861. Madrid: Thomson-Civitas.
- SALVADOR CRESPO, M. (2014): “Las competencias de las diputaciones provinciales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 34, pág. 135. URL: [https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1531/10\\_CRESPO\\_P126\\_144\\_QDL\\_34.pdf](https://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/bitstream/handle/10873/1531/10_CRESPO_P126_144_QDL_34.pdf).
- SALVADOR CRESPO, M. (2019): “El papel de los gobiernos locales intermedios en la actualidad”, en *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 44, págs. 5-11. URL: <https://www.gobiernolocal.org/revista-democracia-y-gobierno-local-no-44/>.
- SÁNCHEZ BLANCO, A. (2006): *Organización intermunicipal*, págs. 94-99. Madrid: lustel.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2019): *Derecho Administrativo. Parte general*, pág. 386. Madrid: Tecnos. 15.ª ed.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2014): “El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.): *La reforma de 2013 del régimen local español*, pág. 147. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- VAQUER CABALLERÍA, M. (2012): “Gobiernos locales intermedios y prestación de servicios locales”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 29, págs. 150-153. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1294>.
- VELASCO CABALLERO, F. (2011): “La planta local en España: criterios para la toma de decisiones”, en *Anuario de Derecho Municipal 2010*, núm. 4, pág. 25-54. URL: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/664365>.
- VELASCO CABALLERO, F. (2012): “Competencias para la reforma de la planta municipal”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 29, págs. 62-63. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1289>.
- VELASCO CABALLERO, F. y VIVER I PI-SUNYER, C. (2012): “Competencias para la reforma de la planta local”, en FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL: *Documento Técnico. Elementos para un debate sobre*

*la reforma institucional de la planta local en el Estado autonómico*, pág. 152. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local. URL: <https://www.gobiernolocal.org/elementos-para-un-debate-sobre-la-reforma-institucional-de-la-planta-local-en-el-estado-autonomico-2/>.

ZAFRA VICTOR, M. (2011): “El debate sobre la supresión o reforma de las diputaciones provinciales en España”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 27, pág. 96. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1187>.

ZAFRA VICTOR, M. (2012): “La intermunicipalidad, modelo de Estado. La provincia en el Estado autonómico”, en COSCULLUELA MONTANER, L.; MEDINA ALCOZ, L. (dirs.) y HERNANDO RYDINGS, M. (coord.): *Crisis económica y reforma del régimen local*, págs. 125-127. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters.

ZAFRA VICTOR, M. (2012): “La provincia: lo importante no es el nombre, lo importante es la función. Intermunicipalidad en el Estado autonómico”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 27, págs. 68-73.

ZAFRA VICTOR, M. (2012): “Relaciones entre municipios y provincias”, en *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 29, págs. 120. URL: <http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/1293>.

ZAMORA ROSELLÓ, M. R. (2013): “La reestructuración de la planta del gobierno local y las mancomunidades de municipios”, en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.): *La planta del Gobierno Local: actas del VIII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, pág. 143-144. Alicante, 8 y 9 de febrero de 2013. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.



## Le relazioni tra i diversi livelli di governo in Italia. Suggerimenti a partire dal dibattito spagnolo sul regime locale

### *The relationship between different levels of government in Italy. Inspirations from the Spanish debate on local government*

Gianluca Gardini

Università degli Studi di Ferrara (Italia)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7979-723X>  
[gianluca.gardini@unife.it](mailto:gianluca.gardini@unife.it)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Público de la Información en la Universidad de Ferrara. Actualmente es Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ferrara; Profesor estable de Derecho Administrativo en la Escuela de Postgrado en Estudios de Administración Pública (S.P.I.S.A.) de la Universidad de Bolonia; Director Científico de la Revista *Le Istituzioni del Federalismo*; fue Defensor del Pueblo de la región de Emilia Romagna de 2013 a 2018. Fue Presidente de 2008 a 2013 del Comitato Regionale delle Comunicazioni (CORECOM) dell'Emilia Romagna.

---

#### RESUMEN

Le analogie tra Spagna e Italia investono l'intero assetto del sistema territoriale. I due paesi, dal punto di vista dell'assetto organizzativo, hanno sicuramente molti elementi in comune, soprattutto sotto il profilo del difficile equilibrio tra centro e autonomie. Le ampie convergenze tra Italia e Spagna in relazione al fenomeno territoriale non significano, tuttavia, che il bilancio debba necessariamente essere unico e condiviso. Con l'attenuarsi della crisi economica, in Italia lo Stato ha perso parte della rilevanza che aveva acquisito grazie alla gestione dell'emergenza. E' inevitabile supporre che la netta bocciatura popolare della proposta di riforma costituzionale del 2016 costringerà a ripensare l'intero sistema territoriale italiano, e a reinserire nell'agenda pubblica termini progressivamente fuoriusciti dal lessico politico, come decentramento, autonomia, federalismo.

#### PALABRAS CLAVE

Sistema delle autonomie locali; comparazione Italia Spagna; decentramento; federalismo; crisi economica.

---

#### ABSTRACT

The analogies between Spain and Italy affect the whole structure of the local government. From the point of view of the organizational structure, the two countries certainly have many elements in common, especially for what concerns the difficult balance between State and local autonomies. The wide convergences between Italy and Spain in relation to the territorial phenomenon do not mean, however, that the overall assessment must necessarily be the same. As the economic crisis eased, in Italy the State has lost much of the importance it had acquired thanks to the management of the emergency. It is inevitable to suppose that the popular rejection of the constitutional reform proposal, in 2016, will force to rethink the entire Italian territorial system, and to reinsert in the public agenda terms gradually out of the political lexicon, such as decentralization, autonomy, federalism.

#### KEYWORDS

Local self-government system; Italy-Spain comparison; decentralization; federalism; economic crisis.

## SUMARIO

1. CONVERGENZE E DIVERGENZE TRA LE AUTONOMIE TERRITORIALI IN ITALIA E SPAGNA. 2. L'IMPATTO DELLA CRISI ECONOMICA SULLE AUTONOMIE IN ITALIA. 3. L'ERA POST CRISI E POST REFERENDUM. PRIMI SEGNALE DI CAMBIAMENTO? 4. IL TEMA SPECIFICO DELL'AREA VASTA: SPUNTI DAL DIBATTITO SPAGNOLO.

### 1. CONVERGENZE E DIVERGENZE TRA LE AUTONOMIE TERRITORIALI IN ITALIA E SPAGNA

Quelli spagnoli sono «territori inquieti», come li ha recentemente definiti Luciano Vandelli<sup>1</sup>, grande studioso del fenomeno autonomistico in Europa, il quale, nel porre in relazione l'articolazione politico-istituzionale del Regno di Spagna con il suo substrato geofisico, evidenzia il radicale cambio di prospettiva che, nell'arco di due secoli, si è verificato rispetto all'idea di territorio che la Rivoluzione francese ha reso universale.

Il territorio è tradizionalmente considerato come elemento fondamentale e persino esclusivo nella rappresentanza delle comunità (una comunità, un municipio) e nell'organizzazione dello spazio politico amministrativo, ma esso ha progressivamente perso centralità nella comprensione del fenomeno sociale e dell'architettura istituzionale. Ciò, segnala Vandelli, accade non solo in Spagna, ma nell'intera area europea.

Il processo di trasformazione coinvolge le relazioni tra le persone e i territori, tra le comunità e i luoghi in cui esse si radicano, rimodellando l'idea stessa di identità. Per questa ragione, secondo alcuni studiosi, l'identità avrebbe cessato di essere un elemento statico, saldato ad un territorio definito, com'era tradizionalmente nello Stato moderno, per divenire una nozione dinamica e evolutiva, sempre più condizionata dall'appartenenza a sistemi sovranazionali e globali<sup>2</sup>. In Italia il fenomeno è reso evidente dalla insoddisfazione generale rispetto a territori regionali che non corrispondono ormai più alle diverse identità culturali e sociali della popolazione<sup>3</sup>. In questo senso si è parlato di «*irrazionale continuità del disegno geografico delle unità politico amministrative*» italiane<sup>4</sup>, evidenziando come il disegno istituzionale delle regioni, dalle legioni militari romane alle regioni statistiche di Piero Maestri e Cesare Correnti, sia rimasto pressoché immutato nel corso dei secoli, entrando a far parte della nostra Costituzione in base a una logica statica e anacronistica<sup>5</sup>.

Non solo. Le analogie tra Spagna e Italia investono l'intero assetto del sistema territoriale e le complicate relazioni tra centro e autonomie. «Nei suoi 40 anni di vita, la Costituzione spagnola non pare avere trovato soluzione alla storica «questione territoriale» che segna la vita dello Stato spagnolo fin dalle sue origini», osservano gli studiosi della materia<sup>6</sup>. La stessa considerazione potrebbe valere per le autonomie territoriali italiane, a distanza di 70 anni dalla loro riconoscimento nella Carta costituzionale del 1948.

I due paesi, dal punto di vista dell'assetto organizzativo hanno sicuramente molti elementi in comune, soprattutto sotto il profilo del rapporto tra sovranità centralista e decentramento autonomistico. Le ampie convergenze tra Italia e Spagna in relazione al fenomeno territoriale non significano, tuttavia, che il bilancio debba necessariamente essere unico e condiviso.

Per cercare di cogliere meglio questi aspetti prenderò le mosse da un recente numero monografico della Rivista Istituzioni del Federalismo, dedicato a *Quarant'anni di autonomia in Spagna*, dove sono pubblicati alcuni interessanti scritti di studiosi italiani e spagnoli, sia giuristi che politologi, in cui i due sistemi vengono messi a confronto.

Il primo elemento da sottolineare, in senso differenziale, è l'approccio spagnolo rigidamente separato tra le problematiche concernenti le Regioni e i cd. nazionalismi periferici, da un lato, e quelle concernenti gli enti locali minori, dall'altro. Ciò rivela una differenza profonda nell'ambito delle due «questioni territoriali».

<sup>1</sup> Relazione alle *Jornadas sobre la organización territorial de los Estados: experiencias y problemas en América y Europa*, organizzate dall'Istituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), Università di Salamanca, 21 e 22 gennaio 2019.

<sup>2</sup> PAREJO ALFONSO, L. (2019): «Las reformas territoriales en España», in FONT I LLOVET, T.; GALÁN GALÁN, A.; TUBERTINI, C. (a cura di), *Las reformas del Estado. Coloquio internacional en homenaje al prof. Luciano Vandelli*. Madrid: Iustel, p. 48.

<sup>3</sup> SESTINI, A. (1947): «Fondamenti geografici delle regioni italiane», in *Ulisse*, p. 307 e ss.; GAMBI, L. (1964): «L'equivoco tra compartimenti statistici e regioni costituzionali», in *Questioni di Geografia*, Napoli, p. 155 e ss.; ID (1990) «Regioni costituzionali e regioni altre», in *Società e Storia*, p. 657 e ss.; ID (1999): «Il concetto di regione non come sinonimo di unità amministrativa, ma come sistema territoriale. Riflessioni sul regionalismo di Pier Paolo D'Atorre», in *Memoria e ricerca*, p. 196 e ss.

<sup>4</sup> STERPA, A. (2019): «La differenziazione possibile: istituire le macro-Regioni per ridisegnare la mappa delle diversità», in *Diritti regionali*, n. 2/2019; DE GIORGI CEZZI, G.; P. L. PORTALURI, P. L. (a cura di) (2016): «*La coesione politico-territoriale*», Firenze; LUCARELLI, A. (2015): «Le Macroregioni «per funzioni» nell'intreccio multilivello del nuovo tipo di Stato», in *Federalismi*, p. 6 e ss.

<sup>5</sup> CASSESE, S (2018): «Le nostre regioni e i pasticci da evitare», in *Corriere della sera*.

<sup>6</sup> BALDI, B. (2019): «Lo stato delle autonomie: un bilancio fra luci e ombre», in *Istituzioni del Federalismo*, p. 299 e ss.

Questa netta scissione tra regionalismo e localismo non trova equivalente nell'ordinamento italiano, dove è invece presente una visione più continuista, o comunque meno divaricata, del fenomeno autonomistico. Nel nostro paese la questione autonomistica rappresenta un «blocco unitario», dal punto di vista concettuale, al quale vengono ricondotte le diverse problematiche che fanno capo ai livelli di governo comunale, provinciale e regionale.

In Italia il «sistema delle autonomie» identifica una modalità di organizzazione del potere pubblico nato per contrapposizione al metodo accentratore e uniformante inaugurato dai governi post-unitari, valorizzato dall'esperienza fascista, e riproposto periodicamente dalla legislazione dell'emergenza e della crisi. All'interno della «famiglia delle autonomie territoriali» non si registra dunque quella spaccatura netta tra enti maggiori (Regioni) ed enti minori (comuni, province, città metropolitane), che caratterizza invece il Regno di Spagna. E, seppure una articolazione viene fatta tra i diversi livelli di governo, non è percepita come una contrapposizione, dal punto giuridico e politico, ma piuttosto come una differenziazione.

In Spagna, per contro, viene enfatizzato «*el carácter bifronte del Régimen Local, deducido por el TC de lo dispuesto en el art. 149.1.18.º CE, que reserva al Estado la legislación de las Bases del Régimen Local, y a las Comunidades Autónomas su desarrollo, o –mejor– complemento*»<sup>7</sup>.

Ancora, in Spagna il progetto autonomistico originario si caratterizza in senso fortemente dualistico, e nell'ambito di esso le «nazionalità storiche» vengono collocate su un piano differente rispetto alle altre regioni, poiché solo alle prime viene consentito accedere immediatamente al livello superiore di autonomia. La Costituzione spagnola del 1978 «delinea un quadro a geometria variabile che pure rinvia alla negoziazione, approvazione e possibile riforma degli statuti regionali. Essa riconosce un livello ordinario di autonomia a tutte le comunità che si costituiscono (art. 148), ma anche la possibilità di un livello superiore, acquisendo competenze che sarebbero altrimenti riservate allo Stato (art. 149), attraverso negoziazioni fra la singola regione e il governo/parlamento nazionale nella fase di elaborazione dello statuto di autonomia»<sup>8</sup>. Le Regioni spagnole non devono necessariamente coprire l'intero territorio dello Stato, non sono previste in numero predeterminato dalla Costituzione, dunque non sono enti costituzionalmente necessari.

È solo la sottoscrizione degli Accordi autonomici del 1981, siglati fra i due principali partiti statali (UCD al governo e PSOE all'opposizione), che consente di generalizzare e uniformare il processo di autonomia, approvando in blocco tutti gli statuti delle comunità ordinarie e dotandole di un'assemblea legislativa. Si innesca, a partire da questo momento, una rincorsa permanente tra regioni storiche e regioni che aspirano all'autonomia. Una dinamica che, lungi dal risolvere le tensioni tra stato e territori, determina semmai la mobilitazione dei partiti autonomisti contro quella che viene definita «la deriva "uniformadora" dello Stato Autonomico». In sostanza, e questa è la seconda grande diversità tra Spagna e Italia che si vuole qui sottolineare, il regionalismo spagnolo nasce differenziato, asimmetrico in favore di alcune regioni storiche, e progressivamente subisce una torsione verso l'uniformità e l'omogeneizzazione sotto la spinta degli altri territori che puntano a ottenere maggiore autonomia.

Questa spinta, di riflesso, provoca una nuova fuga in avanti delle «nazionalità storiche» (Catalogna in primis), le quali rifiutano l'assimilazione giuridica alle altre regioni, soprattutto dal punto di vista fiscale. Secondo i dati del 2018, il 61 per cento dei cittadini catalani auspica un rafforzamento dell'autonomia regionale, mentre cresce rapidamente in questa regione il *favor* per l'indipendenza, salito di oltre l'11 per cento negli ultimi 10 anni, ossia a partire dall'inizio della crisi economica<sup>9</sup>.

Il regionalismo italiano, al contrario, è originariamente immaginato come uniforme nella Costituzione del 1948, fatta eccezione per tre regioni (a cui in seguito se ne aggiungeranno altre due) che da subito godono di un'autonomia speciale in ragione delle peculiarità geografiche, sociali e culturali. Le Regioni italiane sono previste come enti a numero chiuso, nominalmente indicati in Costituzione, che devono essere necessariamente presenti su tutto il territorio nazionale. Lo Stato italiano è regionale, non regionalizzabile, e ad eccezione di alcune regioni che hanno storicamente ottenuto un trattamento differenziato a causa delle loro peculiarità geografiche e sociali, il regime giuridico delle regioni è previsto nella Costituzione del 1948 come uniforme. Solo con la riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta nel 2001, viene introdotta nel testo costituzionale una norma di apertura al cd. regionalismo differenziato, che consente di attribuire «ulteriori

<sup>7</sup> COSCULLUELA MONTANER, L. (2019): "Reflexiones para una reforma de la administración local en España", in *Istituzioni del Federalismo*, p. 367 e ss.

<sup>8</sup> BALDI, B. (2019): "Lo stato delle autonomie: un bilancio fra luci e ombre", cit.

<sup>9</sup> GARCIA LUPATO, F. (2019): "Reforma constitucional y modelo territorial. Preferencias ciudadanas y propuestas partidistas entre el 40 aniversario de la Constitución española y las elecciones de 2019" in *Istituzioni del Federalismo*, p. 399 e ss.

forme e condizioni particolari di autonomia» alle Regioni che ne facciano richiesta. Norma che, dopo 17 anni di letargo, ha conosciuto un improvviso risveglio nel 2017 grazie alle iniziative concrete assunte da alcune regioni italiane, che, a seguito della bocciatura referendaria della proposta di riforma costituzionale avvenuta nel 2016, hanno iniziato ad invocare maggiore autonomia rispetto alle altre in ragione dei propri meriti nella gestione delle competenze e delle risorse. L'insoddisfazione di alcune Regioni italiane rispetto all'efficienza dell'attuale assetto autonomistico non risparmia critiche nemmeno all'indirizzo delle Regioni a statuto speciale, la cui specialità oggi non sembra più potersi giustificare in base a fattori culturali o identitari, ma –si afferma– andrebbe mantenuta sulla base dell'utilizzo che queste Regioni hanno fatto della propria specialità, nella risoluzione dei problemi di convivenza tra gruppi diversi in determinati territori, nello sviluppo di tali territori, nella riduzione delle differenze in termini di sviluppo rispetto alla media nazionale.

Per quanto concerne «*el gobierno local*», i punti di contatto tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano sembrano molto più evidenti, sia sotto il profilo del regime giuridico che delle criticità.

La dottrina spagnola, nell'indicare una possibile strategia di riforma dell'ordinamento locale, elenca una ad una, con straordinaria convergenza di vedute, le priorità fissate nell'agenda politica italiana. Per quanto riguarda la Spagna si afferma, infatti, che occorre articolare in modo più chiaro le relazioni tra il livello regionale e quello locale, attribuendo in modo pieno alle regioni (*comunidades autonomas*) la competenza normativa in materia di *gobiernos locales*<sup>10</sup>. Si tratta della cosiddetta «*interiorización autonómica del régimen local*», che a tutt'oggi solleva un acceso dibattito all'interno della dottrina spagnola<sup>11</sup>. Nell'ottica di un parallelismo con il nostro ordinamento, basterà ricordare le polemiche sollevate dal d.d.l. costituzionale Renzi-Boschi, che consegnava al legislatore statale l'intera disciplina dell'ordinamento locale, ivi compresa l'intelaiatura delle forme associative e degli enti di area vasta (che si riteneva ormai acquisita alla competenza esclusiva regionale), compiendo un passo nella direzione opposta a quella –auspicata da molti studiosi– di un'estensione alle Regioni ordinarie di una potestà legislativa paragonabile a quella primaria assegnata alle Regioni speciali, e confermando l'attrazione dell'intero ordinamento locale nella sfera di competenza statale.

In secondo luogo, una seria riforma locale in Spagna richiede la «*ruptura de la excesiva uniformidad del régimen local, con un mayor reconocimiento de la diversidad*»<sup>12</sup>. Anche su questo aspetto sono notevoli le consonanze con il nostro ordinamento. Come per molti altri paesi europei continentali, le origini del modello a cui si ispira l'ordinamento locale italiano affondano nella tradizione amministrativa francese, e risalgono alle concezioni rivoluzionarie del 1789, successivamente perfezionate (ed esportate) dall'impero napoleonico: robusto accentramento, centralità dei prefetti, corrispondenza tra comunità e municipalità (da cui la parcellizzazione comunale), uguaglianza intesa come uniformità di regole. In Italia l'opzione a favore dell'uniformità avviene con le leggi di unificazione del 1865, che procedono ad una identica attribuzione di funzioni tra i comuni, a prescindere da dimensioni e caratteristiche di questi enti. Solo con la legge 142/1990 l'uniformità viene messa realmente in discussione: attraverso il riconoscimento della potestà statutaria, il riparto delle funzioni tra livelli diversi, il regime delle aree metropolitane, si incrina l'equivalenza tra uguaglianza e uniformità. Inizia così ad affermarsi, tra repentini slanci e brusche interruzioni, l'idea della differenziazione, che si consoliderà poi con le riforme Bassanini del 1997.

In terzo luogo, si fa rilevare in riferimento all'ordinamento spagnolo, occorre migliorare l'articolazione tra i distinti livelli di governo locale, evitando duplicazioni, sovrapposizioni, disfunzioni legate alla coesistenza di più enti sul medesimo territorio. Inutile sottolineare le convergenze con il dibattito sul mantenimento in vita della Provincia, sulla stessa funzione di area vasta, che da decenni si è sviluppato nel nostro paese.

Infine, viene sottolineata l'importanza prioritaria di riformare e migliorare «*el sistema de financiación local*» in assenza della quale «*ninguna reforma que se emprenda será valorada positivamente*»<sup>13</sup>.

A questi aspetti, che sicuramente costituiscono altrettanti punti prioritari nell'agenda del riformatore italiano, se ne aggiungono un paio più specifici, legati alle peculiarità sociali e culturali dell'ordinamento spagnolo, che, pur essendo oggetto di interesse anche nel nostro paese, non rivestono analogia importanza nel dibattito interno. Nell'elenco delle riforme da intraprendere con urgenza, infatti, Galán Galán indica la «*adopción de medidas eficaces para la lucha contra el denominado éxodo rural*», e il «*refuerzo de la garantía de la autonomía local*». Per quanto riguarda il primo aspetto, *el éxodo rural*, esso consiste in un processo inarrestabile di

<sup>10</sup> GALÁN GALÁN, A. (2019): "Aniversario de la Constitución española y de la Carta europea de la autonomía local: Los gobiernos locales en España", in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2019, p. 329 e ss.

<sup>11</sup> Si veda infatti la difforme opinione espressa da COSCULLUELA MONTANER, L. cit.

<sup>12</sup> V. ancora GALÁN GALÁN, A. cit.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

svuotamento delle campagne a favore delle grandi realtà urbane. Questo fenomeno è noto mediaticamente come «*España vacía*» o «*España vaciada*».

Il secondo aspetto peculiare riguarda l'accesso diretto alla giustizia costituzionale da parte degli enti locali, riconosciuto in Spagna con *la Ley orgánica 7/1999*, che si è però rivelato poco funzionale come tecnica di difesa della autonomia locale, sia per le restrizioni imposte nella legittimazione ad agire degli enti interessati, sia per la complessità del procedimento dinanzi al *Tribunal Constitucional*.

L'elemento di maggiore divergenza tra i due ordinamenti risiede sicuramente nel bilancio complessivo del «governo locale», formulato a distanza di alcuni decenni dal suo riconoscimento costituzionale: per quanto riguarda la Spagna, «*en el caso de los gobiernos locales, cabe adelantar ya que el balance general debe ser muy positivo, sin perjuicio de que continúen existiendo algunas sombras*»<sup>14</sup>; per quanto riguarda l'Italia, non è realistico pensare che un'affermazione altrettanto netta e positiva, al fine di sintetizzare settant'anni di autonomia territoriale nel paese, possa essere sottoscritta dagli studiosi della materia.

## 2. L'IMPATTO DELLA CRISI ECONOMICA SULLE AUTONOMIE IN ITALIA

Dopo la crisi economica, in Italia il disegno delle autonomie locali si presenta davvero incerto. Qual è la direzione attuale delle riforme? Cosa ci attende dopo la clamorosa bocciatura da parte degli elettori di un progetto di riforma costituzionale che avrebbe trasformato completamente gli equilibri interni tra centro e autonomie, rimodellando la forma di stato italiana?

Tutte le crisi economiche, da sempre, portano con sé una tendenza al riaccentramento della filiera decisionale pubblica, dovuta in larga parte alla necessità di ricorrere a soluzioni emergenziali per affrontare la congiuntura negativa.

L'idea di fondo che accompagna questo movimento centripeto è semplice e antica al tempo stesso: si ritiene che concentrare la formazione delle politiche pubbliche in un'unica postazione centrale, prevalente rispetto ad altre sedi decentrate ed autonome, consenta di ridurre al minimo la frammentazione decisionale, garantire una migliore coesione del sistema socio-economico nazionale, esercitare un controllo più efficace sulla spesa pubblica.

Nell'ultimo decennio il legislatore statale, forte del fatto di dover fronteggiare la crisi economica in corso, ha operato in modo sempre più esplicito per riappropriarsi di materie che la riforma del Titolo V del 2001 aveva formalmente devoluto alla competenza regionale. La giurisprudenza costituzionale, a sua volta, ha offerto un supporto importante a questa prassi legislativa. In questo senso la Corte costituzionale ha fornito letture sempre più estensive di materie trasversali come l'«ordinamento civile», la «tutela della concorrenza», la «tutela dell'ambiente», i «livelli essenziali delle prestazioni»; ha contribuito ad avallare un'interpretazione «onnivora» della materia «coordinamento della finanza pubblica»<sup>15</sup>; ha giustificato continue invasioni del legislatore statale nella sfera di competenza delle autonomie territoriali in virtù della «prevalenza» della materia toccata dall'intervento legislativo.

Tutto ciò ha avuto come risultato quello di riportare allo Stato scelte che la riforma costituzionale del 2001 aveva voluto riservare ai Consigli regionali, quali legislatori di prossimità più attenti alle esigenze espresse dai territori. L'interesse nazionale, di fronte alla crisi economica, ha finito per coincidere con quello dello Stato, con buona pace dell'art. 114 Cost., che, nel disegnare un modello policentrico e paritario di livelli di governo autonomi, ipotizzava che la Nazione, o meglio la Repubblica, potesse essere vista, oltre che come una comunità di persone, anche come «una comunità di comunità»<sup>16</sup>.

Un chiaro segnale di questa tendenza al riaccentramento era rinvenibile anche nella proposta di revisione costituzionale, anch'essa in larga misura figlia della crisi economica congiunturale: il progetto di riforma veniva ad aggiungere alle materie di esclusiva competenza statale l'«ordinamento dei Comuni e Città metropolitane», insieme con le «disposizioni di principio sulle forme associative dei Comuni» e «i profili ordinamentali generali relativi agli enti di area vasta» (art. 40, comma 4 d.d.l. Renzi-Boschi). In pratica il d.d.l. costituzionale consegnava al legislatore statale l'intera disciplina dell'ordinamento locale, ivi compresa l'intelaiatura delle forme associative e degli enti di area vasta (che si riteneva ormai acquisita

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> DE MARTIN, G. C. (2006): «Unitarietà della Repubblica e pluralismo delle istituzioni politiche: l'organizzazione delle Regioni», in LABRIOLA, S. (a cura di): *Studi per il 60.º della costituente*. Bari: Laterza.

<sup>16</sup> FALCON, G. (2012): «A che servono le Regioni?», in *Le Regioni*, p. 767.

alla competenza esclusiva regionale), confermando l'attrazione dell'intero ordinamento locale nella sfera di competenza statale.

Non solo. Di fronte alla crisi economica, il legislatore è intervenuto facendo intenso ricorso alla decretazione di urgenza. Tuttavia, molte misure introdotte attraverso questa fonte eccezionale vengono dichiarate incostituzionali per il fatto di essere state adottate con decreto legge, in assenza dei presupposti di necessità e urgenza previsti dalla Costituzione (Corte cost., sent. n. 220 del 2013). Secondo la Corte, le componenti essenziali dell'intelaiatura dell'ordinamento degli enti locali devono essere «per loro natura disciplinate da leggi destinate a durare nel tempo e rispondenti ad esigenze sociali ed istituzionali di lungo periodo», dal momento che attraverso questi interventi si avvia «una trasformazione radicale dell'intero sistema, su cui da tempo è aperto un ampio dibattito nelle sedi politiche e dottrinali».

Tra le riforme tentate attraverso la decretazione d'urgenza (e successivamente bocciate dalla Corte) vi è quella riguardante l'ordinamento delle Province, enti ciclicamente messi in discussione nel dibattito istituzionale italiano. Le manovre economiche della crisi (2011-12) in vario modo tentano di intervenire sulle dimensioni (puntando a robusti accorpamenti), funzioni, legittimazione delle province, ma questi tentativi sono destinati a cadere sotto la scure della Corte costituzionale.

Viene dunque imboccata la strada maestra della legge parlamentare, varata in attesa di un'imminente riforma Costituzionale, secondo il modello della legge Bassanini che anticipava sul versante amministrativo la riforma del titolo V Cost.. La legge Delrio si auto-qualifica infatti come transitoria («in attesa della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione e delle relative norme di attuazione»).

Era evidente da tempo la necessità di riprendere il percorso di una razionale redistribuzione delle funzioni tra le diverse istituzioni locali, applicando i principi generali del nuovo articolo 118 della Costituzione. La legge n. 56/14 avvia un processo di riallocazione delle funzioni a Costituzione invariata che, per la prima volta in modo organico, cerca di assicurare una differenziazione tra i livelli di governo di area vasta e di prossimità, e di garantire dimensioni e capacità adeguate agli enti destinatari delle funzioni.

I punti di intervento della riforma sono tre:

- a) Anche per rispondere alle sollecitazioni dell'Unione europea<sup>17</sup>, il legislatore italiano rivede il livello di governo intermedio, quello d'area vasta. In quest'ottica, la legge 56/14 configura le «nuove» Province come enti di secondo grado (gli organi della provincia sono formati da consiglieri comunali e sindaci dei comuni ricompresi nella circoscrizione provinciale) dotati di funzioni sovracomunali sia proprie che delegate, e al contempo come enti di servizio e coordinamento orizzontale per i Comuni (cd. casa di comuni). A seguito di questa riforma, le Province vedono limitato notevolmente il perimetro delle funzioni fondamentali, che restano essenzialmente riferite alla pianificazione territoriale provinciale di coordinamento, a determinati aspetti della tutela e valorizzazione dell'ambiente, ai trasporti, alle strade in ambito provinciale, alla rete scolastica. E, soprattutto, vedono ridimensionati il personale e le risorse a loro disposizione<sup>18</sup>.
- b) Viene disposta (con legge dello Stato, si badi) la «costituzione» di dieci Città Metropolitane (CM), che subentrano e succedono alle preesistenti province. In queste aree, il territorio metropolitano coincide con quello della provincia, e gli organi della CM sono espressi solo indirettamente dalla popolazione, essendo formati da sindaci e consiglieri comunali (come per le province), salva la possibilità delle

<sup>17</sup> Com'è noto il Consiglio direttivo della Banca Centrale Europea, a partire dal 2010, ha rivolto una serie di raccomandazioni puntuali all'Italia sui temi dell'organizzazione istituzionale e del riordino territoriale, mentre il *monitoring* team della Banca Centrale Europea ha ripetutamente sostenuto che «accorpate le Province sarebbe l'unica vera misura di taglio dei costi della politica»

<sup>18</sup> Il personale dipendente delle 107 Province in servizio alla data del 1.º gennaio 2015 era pari a 41.205. La Legge di stabilità per il 2015 stabilisce la riduzione del 50% del personale delle 76 Province delle Regioni a Statuto Ordinario. Circa 16 mila dipendenti, attraverso un apposito portale realizzato dalla Funzione Pubblica, vengono trasferiti con la procedura di mobilità o vengono collocati in pensione. Nel dettaglio: 2.564 posti in pensione; 5.505 personale dei Centri per l'impiego; 720 ricollocati presso Ministeri o tribunali; 7.185 ricollocati direttamente dalle Regioni.

La spesa corrente delle Province passa da 7 miliardi 617 milioni del 2013 a 4 miliardi 309 milioni del 2018 (-43%). La spesa per investimenti delle Province passa da 2 miliardi 732 del 2013 a 779 milioni del 2018 (-71%). A causa di questi tagli 13 Province (La Spezia, Verbania, Novara, Asti, Alessandria, Imperia, Terni, Ascoli Piceno, Chieti, Potenza, Varese, Salerno, Biella) finiscono in pre-dissesto. La Corte dei Conti analizzando lo stato dei bilanci delle Province nella relazione alla Commissione per il federalismo fiscale nel 2016 li definisce «manifestamente irragionevoli» e lancia l'allarme: tagli di questa portata non possono che incidere sull'erogazione dei servizi ai cittadini ed in particolare sulla gestione, manutenzione e messa in sicurezza dei 130 mila chilometri di strade, delle oltre 7.000 scuole superiori e azzerare gli interventi per la difesa del suolo e il contrasto al dissesto. Nel 2018 inizia la ripresa degli investimenti, che salgono del 6% rispetto all'anno precedente, e nel 2019 il segnale si fa sempre più deciso, tanto che il risultato della variazione del primo semestre è di +20,5%.

single CM di optare, statutariamente, per l'elezione diretta del sindaco e del consiglio metropolitano. Le CM hanno una missione volta allo sviluppo strategico del territorio, alla *governance* di servizi, infrastrutture e reti, alle connessioni esterne, particolarmente, a livello europeo. Funzioni che si aggiungono a quelle riconosciute alle Province, e sono rivolte in via primaria alla pianificazione strategica, alla pianificazione territoriale, e complessivamente, allo sviluppo economico e sociale del territorio.

- c) Si punta sulle forme di associazione e cooperazione intercomunale al fine di garantire l'adeguatezza dell'esercizio delle funzioni comunali. L'eccessiva frammentazione del tessuto comunale, fatto di enti troppo piccoli per svolgere adeguatamente persino le funzioni fondamentali, rappresenta da sempre un ostacolo alla realizzazione del principio di sussidiarietà verticale. Sin dagli anni Novanta si è cercato di puntare sulle forme associative, ora imponendole per legge, ora puntando sulla libera iniziativa comunale attraverso incentivi economici e fiscali, ma i risultati sono sempre stati abbastanza deludenti, al punto che fino a qualche anno fa il numero dei comuni ha continuato a aumentare. Per questo la legge Delrio prova a rilanciare la cooperazione tra enti, nel tentativo di persuadere i comuni a mettere in comune funzioni e servizi di prossimità, senza rinunciare alla propria identità politica e istituzionale<sup>19</sup>.

Alla riforma Delrio avrebbe dovuto seguire, nel disegno del governo dell'epoca, una profonda revisione della costituzione italiana, la più importante a partire dalla sua approvazione nel 1948 (47 art. su 139). La riforma, come noto, è stata bocciata dagli elettori nel dicembre 2016, per ragioni forse più politiche che di merito. Viene così definitivamente archiviato un ambizioso disegno di carattere sistematico, che puntava a realizzare «una Repubblica delle autonomie fondata su due soli livelli territoriali di diretta rappresentanza delle rispettive comunità: le Regioni e i Comuni». Con esso, tramonta la possibilità di rivedere l'insoddisfacente riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, e di costruire il Senato come sede di espressione delle istanze autonomistiche territoriali.

### 3. L'ERA POST CRISI E POST REFERENDUM. PRIMI SEGNALI DI CAMBIAMENTO?

Con l'attenuarsi della crisi economica, lo Stato perde buona parte della centralità che aveva acquisito grazie alla gestione dell'emergenza. Inoltre, è inevitabile supporre che la netta bocciatura popolare della proposta di riforma costituzionale costringerà a ripensare l'intero sistema territoriale, a rivedere gli equilibri istituzionali sin qui indicati dalla Corte costituzionale, e a reinserire nell'agenda pubblica termini progressivamente fuoriusciti dal lessico politico, come decentramento, autonomia, federalismo.

I segnali di una crescente insoddisfazione, o comunque di una maggiore diffidenza nei confronti delle politiche «neocentraliste» dei Governi della crisi, erano visibili anche prima della pronuncia referendaria. Basti pensare al repentino *revirement* della Corte costituzionale, che, a ridosso del voto referendario, decide improvvisamente di bloccare l'iter delle riforme concernenti la pubblica amministrazione (cd. riforma Madia), dichiarando lesive della competenza legislativa regionale residuale, nonché del principio di leale collaborazione (da ottenersi attraverso un'intesa, non meglio definita, in Conferenza Stato-Regioni), le norme della legge delega n. 124/15<sup>20</sup>.

In questo quadro il referendum costituzionale, che ha seccamente bocciato (tra l'altro) l'espressa attribuzione dell'ordinamento comunale al legislatore statale, potrebbe ridare fiato alla tesi di coloro che, da anni, auspicano un'estensione alle Regioni ordinarie di una potestà legislativa in materia di Enti locali analoga a quella (primaria) assegnata dalla Costituzione alle Regioni speciali. Una strategia di questo genere potrebbe essere intrapresa anche a Costituzione invariata, valorizzando la competenza legislativa residuale delle Regioni (ordinarie) in tutti gli ambiti dell'ordinamento locale non espressamente coperti dalla potestà statale esclusiva ex art. 117, comma 2, lett. p) Cost.

Segnali in questa direzione possono leggersi nelle recenti iniziative di alcune regioni (come Emilia Romagna, Lombardia e Veneto) volte ad ottenere una autonomia differenziata; che non possono essere derubricate a mere iniziative di contrapposizione politica con il governo centrale dell'epoca, ma costituiscono, appunto, una reazione da parte delle regioni al riaccostamento subito dallo Stato persona, nel tentativo di riappropriarsi del proprio ruolo di enti di legislazione e programmazione<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Le Unioni di Comuni hanno raggiunto – da qualche tempo – il numero di 536; i Comuni coinvolti sono più di 3.000, quasi il 40% del totale.

<sup>20</sup> Cfr. sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale.

<sup>21</sup> Così MORELLI, A. (2017): "Ascese e declini del regionalismo italiano. Quali prospettive dopo i referendum di Lombardia e Veneto?", in *Le Regioni*, p. 321 e ss.

Se qualche differenziazione si è imposta nel governo dell'area vasta, i Comuni sono ancora sottoposti a un regime uniforme, indifferenziato, e risultano per lo più inadeguati ad assumere le funzioni di prossimità. I piccoli comuni, quelli sotto i 5 mila abitanti, che rappresentano oltre il 70 % dei comuni italiani, non sono adeguati ad esercitare molte funzioni di prossimità, che vengono sistematicamente attratte in sussidiarietà (ascendente) da province e Regioni.

A causa della frammentazione del tessuto comunale, oltre che per l'incapacità delle regioni di adempiere al proprio ruolo di indirizzo e di centro propulsore delle autonomie locali, sono rimasti sostanzialmente irrealizzati i tre principali obiettivi posti a base della riforma del 2001, così sintetizzabili:

1. rompere l'uniformità amministrativa, attraverso i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza;
2. attenuare il profilo della regione come ente amministrativo, valorizzandone invece il suo ruolo di ente di legislazione e programmazione;
3. ed infine, ridurre ulteriormente l'impatto e la consistenza delle funzioni amministrative assegnate allo Stato.

Anche su questo versante, tuttavia, vi sono cambiamenti meritano qualche attenzione. A partire dal numero complessivo dei Comuni, che oggi corrisponde a 7.983. Certo, si tratta di un numero tuttora elevato; ma per la prima volta dal dopoguerra comincia a diminuire, dopo decenni di costante crescita. Negli ultimi anni, infatti, le fusioni tra comuni hanno fatto un balzo in avanti: dal 2014 ad oggi se ne contano 117, mentre dal 1990 al 2013 erano state in tutto 11. La diminuzione dei comuni registrata in Italia è assai distante dai processi realizzati, in anni passati, in un'ampia area europea (dalla Germania alla Danimarca, dal Regno Unito al Belgio, sino alla Grecia)<sup>22</sup>; ma è comunque una inversione di tendenza che non va trascurata.

Alla ricerca dell'adeguatezza dell'esercizio delle funzioni comunali, come si è visto, il legislatore del 2014 ha puntato sulle forme di associazione e cooperazione intercomunale, a partire dalle Unioni di Comuni. Anche su questo piano, può essere utile fare riferimento a qualche dato. Le Unioni di Comuni hanno raggiunto –da qualche tempo– il numero di 536; i Comuni coinvolti sono più di 3.000, quasi il 40 % del totale<sup>23</sup>. Neppure in questo caso, dunque, si tratta di risultati sconvolgenti; e i processi di associazionismo intercomunale stentano tuttora ad affermarsi in varie parti del Paese.

Per quanto riguarda le Regioni, l'anno appena concluso ha visto una forte ripresa di interesse (un ritorno di fiamma, verrebbe da dire) per il cd. regionalismo differenziato, che consente di attribuire «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» alle Regioni che ne facciano richiesta. Dopo 16 anni di letargo, l'art. 116.3 ha conosciuto un improvviso risveglio grazie ad alcune iniziative concrete assunte da Emilia-Romagna, Lombardia, Veneto, che il 28 febbraio 2018 hanno portato alla sottoscrizione di «Accordi preliminari» con il Governo Gentiloni; e attraverso altre iniziative in via di assunzione da parte di molte altre Regioni. Il procedimento che porta all'autonomia differenziata è regolato da scarse indicazioni contenute nell'art. 116.3, vale a dire: a) l'iniziativa è adottata dalla Regione interessata, sentiti gli enti locali; b) la Regione stessa consegue un'intesa con lo Stato; c) sulla base dell'intesa viene approvata la legge, approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti.

Alle richieste avanzate dalle Regioni si può attribuire una valenza meramente tecnica, per garantire maggiori livelli di efficienza nelle funzioni e una razionalizzazione nel riparto di competenze con lo Stato; anche se prevale la tendenza a considerare l'attivazione del processo di differenziazione come un segnale di una nuova «fase costituente», nella prospettiva complessiva di un rilancio del regionalismo. Le Regioni, evidentemente, rivendicano quel ruolo politico e programmatico per cui erano state ideate dai Costituenti e che sinora, anche per propria responsabilità, non sono riuscite ad assumere.

L'opportunità offerta dall'art. 116 Cost. sta nel fatto che riporta l'attenzione sulla funzione legislativa regionale, e costringe ad abbandonare la prospettiva delle regioni di enti di grande amministrazione. Non è poca cosa, considerando che con la riforma delle province molte regioni hanno accentuato la vocazione di enti di macro-amministrazione.

Tuttavia, il governo continua a mantenere una posizione fortemente autoreferenziale rispetto alla richiesta delle Regioni di attribuire in materia di *governance* del sistema locale. Negli schemi di intesa predisposti

<sup>22</sup> Così, ad esempio, nella Germania Federale, prima dell'unificazione, il numero dei Comuni è passato da circa 25.000 a 8.500; in Belgio da 2.500 a 598; in Danimarca da 1.388 a 270. Da ultimo, un drastico e rapido processo di accorpamenti è stato realizzato in Grecia, passando da 1.033 Comuni a 325.

<sup>23</sup> Sull'esperienza –e sulle diverse prospettive– delle forme associative, v., con una ampia documentazione, l'*Indagine conoscitiva sulla gestione associata delle funzioni e dei servizi comunali*, svolta dalla I Commissione della Camera dei Deputati, 28 novembre 2016.

dal Dipartimento affari regionali le proposte delle Regioni in materia non sono state accolte. Ciò sulla base di una valutazione negativa da parte del Ministero dell'interno, espressa peraltro per iscritto, in assenza di qualsiasi interlocuzione con la delegazione trattante.

L'unica apertura in questo ambito è quella fornita nell'art. 2 dello schema del maggio 2019, secondo cui «Alla Regione Emilia-Romagna è altresì riconosciuta una competenza complementare in ordine all'organizzazione ed all'esercizio delle funzioni amministrative locali riferite alle materie oggetto della presente intesa». Si tratta di una previsione che, per la sua genericità, rischia di produrre conflitti di competenza e comunque appare riduttiva rispetto alle ben più articolate richieste che erano state presentate.

Ciò corrisponde, del resto, ad un indirizzo generale del Governo che sembra voler escludere o comunque ridurre fortemente l'intervento delle Regioni in materia di ordinamento locale, come sembra emergere anche dalla bozza di Linee guida in materia di riforma del Testo Unico degli enti locali proposte dal Governo al Tavolo appositamente costituito presso la Conferenza Stato-Città. Le due riforme (attuazione dell'art. 116 e revisione dell'ordinamento locale) sono, del resto, inevitabilmente intrecciate, non fosse altro perché le nuove funzioni e competenze eventualmente conferite dovranno essere esercitate in attuazione del principio di sussidiarietà.

Il programma del nuovo Governo Conte-*bis*, all'interno di una lista di 29 punti prioritari, annuncia l'intenzione del nuovo esecutivo di «completare il processo di autonomia differenziata giusta e cooperativa, che salvaguardi il principio di coesione nazionale e di solidarietà, la tutela dell'unità giuridica e economica; definisca i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, i fabbisogni standard; attui compiutamente l'articolo 119, quinto comma, della Costituzione, che prevede l'istituzione di un fondo di perequazione volto a garantire a tutti i cittadini la medesima qualità dei servizi». Nel medesimo Programma di governo si legge che «(...) È inoltre necessario rivedere il testo unico per gli enti locali, introducendo un'Agenda urbana per lo sviluppo sostenibile delle città, delle città metropolitane, di Roma capitale, attuando la legge per la valorizzazione dei piccoli comuni, sopprimendo gli enti inutili. Occorre, infine, garantire il rispetto delle autonomie a statuto speciale e la tutela delle minoranze linguistiche».

Sarà quindi opportuno monitorare con attenzione l'attuazione di questo programma politico, soprattutto in relazione allo snodo fondamentale dei rapporti Regioni-enti locali.

#### 4. IL TEMA SPECIFICO DELL'AREA VASTA: SPUNTI DAL DIBATTITO SPAGNOLO

Vi è però un elemento che rappresenta qualcosa di più di un semplice punto di convergenza tra il sistema italiano e quello spagnolo: il regime giuridico della Provincia. È infatti verosimile che il legislatore italiano del 2014, nel ridisegnare i contorni questo ente intermedio, abbia utilizzato come modello di riferimento diretto la *Diputación provincial* spagnola.

In quest'ottica, la Legge 56/2014 configura le «nuove» Province come enti di secondo grado (gli organi della provincia sono formati da consiglieri comunali e sindaci dei comuni ricompresi nella circoscrizione provinciale) dotati di funzioni sovracomunali sia proprie che delegate, e al contempo come enti di servizio e coordinamento orizzontale per i Comuni (cd. casa di comuni).

Le tendenze attualmente in atto nell'ordinamento spagnolo mostrano come la *Ley de modernización* del 2013 abbia puntato sulle *Diputaciones Provinciales* quali enti di coordinamento, collaborazione e assistenza nei confronti dei piccoli municipi, generando un effetto complessivo di «provincializzazione» della vita locale<sup>24</sup>. La medesima legge stabilisce inoltre che dev'essere la provincia, laddove i comuni con popolazione inferiore ai 20 mila abitanti non siano in grado di garantire l'esercizio delle funzioni di base, ad assumere su di sé alcuni compiti municipali (riscossione delle imposte, amministrazione elettronica e contrattazione centralizzata, prevenzione ed estinzione degli incendi), compensando in questo modo le inefficienze dei piccoli comuni. In altre parole, nell'ordinamento spagnolo la riforma del 2013, legata evidentemente alla razionalizzazione delle funzioni amministrative nel periodo di crisi, ha riportato alla ribalta il tema delle *Diputaciones Provinciales*, enti che fino a poco tempo fa sembravano destinati ad un ruolo marginale o addirittura alla soppressione, e che ora conoscono un nuovo momento di protagonismo.

In riferimento a questo nuovo orientamento manifestato dal legislatore spagnolo, si pone un problema molto delicato, che interessa da vicino il dibattito che si è sviluppato in Italia sulle province in seguito alla

<sup>24</sup> COSCULLUELA MONTANER, L. (2019): «Reflexiones para una reforma de la administración local en España», in *Istituzioni del Federalismo*, p. 327 e ss.

bocciatura referendaria della riforma costituzionale del 2016: il collegamento tra funzioni e elezione diretta degli organi di governo della provincia. Anche in Spagna esiste un'accesa polemica sulle competenze da attribuire alla provincia e, conseguentemente, sulle modalità di elezione degli organi di governo provinciali. La dottrina spagnola si domanda infatti se, seguito dell'attribuzione di nuove funzioni, la provincia debba continuare a considerarsi un ente dotato di competenze solo formali e strumentali, dal momento che le funzioni provinciali risultano sostanzialmente rivolte ai comuni (provincia come «municipio di municipi», che presta attività di cooperazione e assistenza ai municipi), ovvero debbano riconoscersi alla Provincia finalità sostanziali e generali, in quanto ente posto al servizio diretto della collettività (provincia come ente che presta simultaneamente anche servizi pubblici a favore dei cittadini). La scelta in favore dell'una o dell'altra opzione, determina il tipo di legittimazione democratica da ricondurre all'ente provinciale: legittimazione indiretta o di secondo grado, nel caso in cui si opti per la natura di ente a servizio dei comuni, legittimazione diretta se invece si vuole configurare la provincia come ente prestatore di servizi, che rivolge la sua attività direttamente alla collettività<sup>25</sup>.

Del resto solo una minoranza (9) dei 28 paesi dell'Unione Europea non ha un secondo livello di autonomia locale. Si tratta di Paesi di piccole dimensioni (Cipro, Lussemburgo, Malta) o che per motivi storici hanno solo il livello comunale di base (Austria, Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Portogallo, Slovenia). In 19 Stati su 28 esiste un secondo livello di governo locale di carattere politico e in 17 di questi 19 Paesi, questo ente è dotato di funzioni amministrative proprie, diverse da quelle comunali, e di organi di governo direttamente elettivi. Si tratta di un blocco di funzioni «core», caratteristiche degli «enti intermedi» che si concentra su ambiente (pianificazione, tutela, gestione dei rifiuti e delle acque), sviluppo economico (sostegno alle imprese e politiche per l'occupazione), trasporti (viabilità, mobilità, infrastrutture), scuola (compresa l'edilizia scolastica). In alcuni casi, a queste funzioni si aggiungono anche quelle in campo sanitario (Francia e Germania). Queste funzioni sono legate a tributi propri: c'è autonomia fiscale e agli enti di governo intermedio in Europa sono assegnate entrate tributarie, a prescindere dal sistema elettorale e di *governance* individuato. La situazione peculiare dell'Italia è stata segnalata anche dal Consiglio d'Europa che, in una raccomandazione del 18 ottobre 2017, ha sottolineato il livello di debolezza istituzionale e finanziario delle Province italiane, anche al confronto con gli enti intermedi degli altri Paesi Europei, che si caratterizzano invece quali istituzioni con un ruolo chiaro, funzioni chiave e risorse adeguate a svolgerle.

Mi pare molto interessante seguire l'impostazione sostanziale su cui si concentra il dibattito spagnolo, perché, come si è detto, la Spagna ha ispirato la riforma delle province introdotta in Italia con la legge 56/2014. Il naufragio della riforma costituzionale, di cui la riforma Delrio voleva rappresentare una sorta di anticipazione amministrativa, ha determinato la riapertura del dibattito sulle province a tutti i livelli<sup>26</sup>. Com'è noto, sono state recentemente presentate le «Linee guida in materia di riforma dell'ordinamento delle province e delle città metropolitane»<sup>27</sup>, che mirano a riportare gli enti provinciali alla precedente modalità di investitura, ossia all'elezione diretta degli organi provinciali da parte dei cittadini.

In quest'ottica, il dibattito attualmente in corso in Spagna è particolarmente interessante e utile al fine di orientare le politiche in materia di area vasta. A mio avviso è essenziale, in una corretta prospettiva di riforma, non perdere di vista il rapporto tra la tipologia di funzioni attribuite ad un ente e la sua legittimazione demo-

<sup>25</sup> In questo senso GALÁN GALÁN, A. (2019): "Aniversario de la Constitución española y de la Carta europea de la autonomía local: Los gobiernos locales en España", in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2019, p. 329 e ss.

<sup>26</sup> Di recente la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune leggi regionali della Toscana nella parte in cui attribuiscono alla Regione le competenze già esercitate dalle Province in materia di controllo periodico su tutte le attività di gestione, di intermediazione e di commercio dei rifiuti e accertamento delle relative violazioni, e di verifica e controllo dei requisiti previsti per l'applicazione delle procedure semplificate. Nel pensiero della Consulta «Mentre, infatti, con riferimento ad altre competenze amministrative in materia ambientale, il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, conseguente all'accordo in Conferenza unificata, ha lasciato spazio all'attività legislativa ed amministrativa regionale, altrettanto non può dirsi per le funzioni contemplate dalle norme impugnate, che il cod. ambiente riserva espressamente alle amministrazioni provinciali. Le norme contenute nel cod. ambiente, infatti, per espressa previsione dell'art. 3-bis "possono essere derogate, modificate o abrogate solo per dichiarazione espressa da successive leggi della Repubblica"; e la mancanza di tale dichiarazione espressa nella legge n. 56 del 2014 non può essere colmata né dagli interventi legislativi regionali, né dalle intese intervenute nella Conferenza unificata». In sostanza, afferma la Corte, la trasversalità della materia «tutela dell'ambiente» e l'inevitabile intreccio che essa comporta tra competenze legislative statali e regionali non permette quindi alle Regioni di derogare a quelle norme statali, anche di carattere organizzativo, che siano riconducibili all'esigenza di assicurare standard di tutela ambientale uniformi su tutto il territorio nazionale. Cfr. Corte cost., 28 maggio 2019, n. 129.

<sup>27</sup> V. Bozza di linee guida presentate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Conferenza Stato-città ed autonomie locali, Tavolo tecnico-politico per la "redazione di linee guida finalizzate all'avvio di un percorso di revisione organica della disciplina in materia di ordinamento delle Province e delle Città metropolitane, al superamento dell'obbligo di gestione associata delle funzioni e alla semplificazione degli oneri amministrativi e contabili a carico dei Comuni, soprattutto di piccole dimensioni".

cratica. Questo perché, al di là della compatibilità tra il metodo dell'elezione indiretta ed il principio di autonomia<sup>28</sup>, è la sostanza dei compiti, la concretezza delle funzioni esercitate da un ente a richiedere una certa forma di legittimazione agli occhi dei cittadini. I quali risulterebbero disorientati di fronte alla realizzazione di un modello istituzionale astratto di area vasta, forse conforme al principio di legalità e al metodo della rappresentanza democratica, ma assai poco rispondente al comune sentire e alla vita concreta di una comunità.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALDI, B. (2019): "Lo stato delle autonomie: un bilancio fra luci e ombre", in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2, p. 299 e ss. URL: [http://www.regione.emilia-romagna.it/affari\\_ist/rivista\\_2\\_2019/Baldi.pdf](http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_2_2019/Baldi.pdf).
- CASSESE, S. (2018): "Le nostre regioni e i pasticci da evitare", in *Corriere della sera*. URL: [https://www.corriere.it/opinioni/18\\_dicembre\\_28/nostre-regioni-pasticci-evitare-3ff75874-0ad9-11e9-807b-d85edec6e72a.shtml?refresh\\_ce-cp](https://www.corriere.it/opinioni/18_dicembre_28/nostre-regioni-pasticci-evitare-3ff75874-0ad9-11e9-807b-d85edec6e72a.shtml?refresh_ce-cp).
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2019): "Reflexiones para una reforma de la administración local en España", in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2, p. 367 e ss. URL: [http://www.regione.emilia-romagna.it/affari\\_ist/rivista\\_2\\_2019/Montaner.pdf](http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_2_2019/Montaner.pdf).
- DE GIORGI CEZZI, G.; PORTALURI, P. L. (a cura di) (2016): *La coesione politico-territoriale*. Firenze: Firenze University Press.
- DE MARTIN, G. C. (2006): "Unitarietà della Repubblica e pluralismo delle istituzioni politiche: l'organizzazione delle Regioni", in LABRIOLA, S. (a cura di): *Studi per il 60° della Costituente*. Bari: Laterza.
- SESTINI, A. (1947): "Fondamenti geografici delle regioni italiane", in *Ulisse*, fasc. 3, p. 307 e ss.
- FALCON, G. (2012) "A che servono le Regioni?", in *Le Regioni*, n. 4, p. 767. URL: <http://www.rivisteweb.it/doi/10.1443/73183>. DOI: <https://doi.org/10.1443/73183>.
- GALÁN GALÁN, A. (2019): "Aniversario de la Constitución española y de la Carta europea de la autonomía local: Los gobiernos locales en España", in *Istituzioni del Federalismo*, núm. 2, p. 329 e ss. URL: [http://www.regione.emilia-romagna.it/affari\\_ist/rivista\\_2\\_2019/Galan.pdf](http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_2_2019/Galan.pdf).
- GAMBI, L. (1964): "L'equivoco tra compartimenti statistici e regioni costituzionali", in GAMBI, L.: *Questioni di Geografia*, p. 155 e ss. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- GAMBI, L. (1990) "Regioni costituzionali e regioni altre", in *Società e Storia*, vol. 13, n. 49, p. 657 e ss.
- GAMBI, L. (1999): "Il concetto di regione non come sinonimo di unità amministrativa, ma come sistema territoriale. Riflessioni sul regionalismo di Pier Paolo D'Attorre", in *Memoria e ricerca*, vol. 7, n. 3, p. 196 e ss.
- GARCIA LUPATO, F. (2019): "Reforma constitucional y modelo territorial. Preferencias ciudadanas y propuestas partidistas entre el 40 aniversario de la Constitución española y las elecciones de 2019" in *Istituzioni del Federalismo*, núm. 2, p. 399 e ss. URL: [http://www.regione.emilia-romagna.it/affari\\_ist/rivista\\_2\\_2019/Lupato.pdf](http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/rivista_2_2019/Lupato.pdf).
- LUCARELLI, A. (2015) "Le Macroregioni «per funzioni» nell'intreccio multilivello del nuovo tipo di Stato", in *Federalismi*, n. 6, p. 6 e ss. URL: <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=29074&dpath=document&dfile=24032015125606.pdf&content=Le%2BMacroregioni%2B%27per%2Bfunzioni%27%2Bnell%27intreccio%2Bmultilivello%2Bdel%2Bnuovo%2Btipo%2Bdi%2BStato%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>
- MORELLI, A. (2017): "Ascese e declini del regionalismo italiano. Quali prospettive dopo i referendum di Lombardia e Veneto?", in *Le Regioni*, n. 3, p. 321 e ss. URL: <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1443/88413>. DOI: <https://doi.org/10.1443/88413>.
- PAREJO ALFONSO, L. (2019): "Las reformas territoriales en España", in FONT I LLOVET, T.; GALÁN GALÁN, A.; TUBERTINI, C. (a cura di): *Las reformas del Estado. Coloquio internacional en homenaje al prof. Luciano Vandelli*. p. 48. Madrid: lustel.
- STERPA, A. (2019): "La differenziazione possibile: istituire le macro-Regioni per ridisegnare la mappa delle diversità", in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, núm. 2. URL: <https://www.dirittiregionali.it/wp-content/uploads/2019/08/documento-integrale-1.pdf>.
- VANDELLI, L. (2019): "Las relaciones entre el territorio y las autonomías en Europa y América latina", in *Jornadas sobre la organización territorial de los Estados: experiencias y problemas en América y Europa, Salamanca, 21 y 22 de enero de 2019*. Salamanca: Universidad de Salamanca. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=tHcPQ5ukLYc&feature=youtu.be>.

<sup>28</sup> Su cui si veda la nota sentenza della Corte costituzionale, n. 50 del 2015.



## Las formas de gobierno local tras cuarenta años de Ayuntamientos democráticos: evolución y retos

### *Local government system after forty years of democratic councils: development and challenges*

Silvia Díez Sastre  
Instituto de Derecho Local de la UAM (España)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3101-0469>  
[silvia.diez@uam.es](mailto:silvia.diez@uam.es)

#### **NOTA BIOGRÁFICA**

Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, desde diciembre de 2018 dirige el Instituto de Derecho Local de la misma Universidad ([www.idluam.org](http://www.idluam.org)) y su Máster en Contratación Pública Local. Asimismo, es directora del informe sobre justicia administrativa del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la UAM desde 2015 ([www.cija-uam.org/informe](http://www.cija-uam.org/informe)). Sus líneas de investigación principales se centran en el Derecho local, el Derecho de la contratación pública, la justicia administrativa y la metodología jurídica.

---

#### **RESUMEN**

Desde la celebración de las primeras elecciones locales democráticas hace cuarenta años, la forma de gobierno local ha experimentado numerosos cambios. Algunos de ellos se enmarcan en corrientes de democratización y reforzamiento de los gobiernos locales que superan las fronteras nacionales; otros tienen que ver con la realización de ajustes en el marco del sistema territorial español. Todos ellos han consolidado un modelo exitoso de gobierno local que, no obstante, se enfrenta a numerosos retos en el futuro, tanto de carácter político y administrativo, como geográfico y demográfico. El presente trabajo realiza un recorrido por los principales hitos de esta evolución y trata de identificar cuáles pueden ser las líneas de discusión sobre la forma de gobierno local en el futuro.

#### **PALABRAS CLAVE**

Gobierno local; alcalde; concejales; autonomía local.

---

#### **ABSTRACT**

Local government system has undergone many changes since the first local democratic election was held forty years ago. Some of these changes fall within waves of democratization and strengthening of local governments that go beyond national boundaries, whilst others relate to the implementation of certain adjustments within the Spanish territorial framework. All of the said changes have consolidated a successful local government model which nonetheless faces numerous political, administrative, geographical and demographic challenges. This paper looks into the various milestones of this local government development, and it tries to outline the future areas of debate regarding local government forms.

#### **KEYWORDS**

Local government; mayor; councillors; local self-government.

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. EJES DE EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DE GOBIERNO LOCAL. 1.1. EL GOBIERNO MUNICIPAL. 1.1.1. De corporaciones locales a gobiernos locales. 1.1.2. Parlamentarización del gobierno local. 1.1.3. Diversificación del gobierno local. 1.2. EL GOBIERNO PROVINCIAL. 2. ARRAIGO Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA. 2.1. ACCESO A LA INFORMACIÓN. 2.2. DERECHOS ECONÓMICOS. 2.3. EL ESTATUTO DE LOS CONCEJALES NO ADSCRITOS. 3. RETOS DEL GOBIERNO LOCAL. 3.1. RETOS POLÍTICOS Y ADMINISTRATIVOS. 3.1.1. Profesionalización y separación de funciones. 3.1.2. Gobiernos en minoría. 3.1.3. Elección directa del alcalde. 3.2. RETOS GEOGRÁFICOS Y DEMOGRÁFICOS. 3.2.1. Eje rural-urbano. 3.2.2. Envejecimiento de la población. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Tras más de treinta años de dictadura franquista, el 3 de abril de 1979 se celebraron las primeras elecciones locales democráticas en España. Bajo la vigencia del texto constitucional de 1978, los vecinos de 7.870 municipios eligieron a 67.505 concejales, registrándose un 62,5% de participación. Desde entonces se han celebrado diez elecciones locales, las últimas el 26 de mayo de 2019. En 2019 celebramos, por tanto, cuarenta años de Ayuntamientos democráticos. Con ocasión de esta efeméride, a continuación, se analizan las formas del gobierno local en el Derecho español a partir de varios ejes de evolución, prestando especial atención a los retos que plantea el futuro, políticos y administrativos, de un lado, y demográficos y geográficos, de otro lado. No se trata de hacer una exposición y análisis exhaustivos de cada uno de los aspectos relevantes de las formas de gobierno local y de los cambios que han experimentado; sino de realizar un recorrido por los principales hitos de desarrollo de los gobiernos locales, tratando de identificar los posibles problemas que deberán hacerse frente en los próximos años.

Como punto de partida, hay que tener en cuenta que en el periodo anterior a la Constitución de 1978 no existían en puridad gobiernos locales. Los ayuntamientos se orientaban fundamentalmente a la ejecución de las normas de policía administrativa y no a la elaboración de políticas públicas. De modo que su composición y organización respondía a esa función. El alcalde se nombraba por el ministro de gobernación o el gobernador civil y los concejales eran elegidos mediante el llamado «sufragio orgánico»: por cabezas de familia, organizaciones sindicales y otros concejales (Caldero Cabré, 1998: 7).

La introducción de una forma de gobierno local conformada por órganos elegidos democráticamente supuso, en este contexto, un cambio radical que se proyectó, fundamentalmente, en dos direcciones: consolidando la legitimidad de las decisiones de política y administración local de los entes locales, así como desarrollando la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140 y 141 CE) (Embid Irujo, 1981: 441 ss.). La consolidación de una dimensión política y no meramente administrativa de los entes locales constituye, así, un punto de inflexión en la configuración de las formas de gobierno local.

La Constitución de 1978 contiene dos garantías fundamentales que están inescindiblemente unidas: autonomía local –expresada genuinamente en la potestad de autoorganización (Parejo Alfonso, 1991: 21)– y gobierno elegido democráticamente. De hecho, como ha puesto de manifiesto la doctrina, la autonomía local tuvo en el siglo XIX un mayor entronque con la configuración del poder democráticamente, que con la distribución del poder entre distintos niveles territoriales (Ortega Álvarez, 2011a: 271). De manera que las elecciones municipales de 1979 introdujeron dos elementos desconocidos hasta ese momento: objetivos políticos en la actividad municipal, ligados a los ámbitos de interés local, y legitimación democrática de las decisiones que adopten los órganos municipales (Caldero Cabré, 1998: 8).

Las garantías constitucionales no se prevén, sin embargo, por igual, para municipios y provincias. Mientras que en los municipios se garantiza la elección democrática directa de los concejales (art. 140 CE), no sucede lo mismo con las diputaciones provinciales, cuyos miembros tendrán carácter representativo (art. 141 CE). Como se apuntará más adelante, esta circunstancia ha sido y es determinante en el debate abierto sobre el papel de la provincia en el modelo territorial español. Además, en relación con los municipios el texto constitucional deja claro que habrá Ayuntamientos o Concejo Abierto –esto es, todos los vecinos constituirán

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D, “Aging Cities (Ciudades Envejecidas)” de la convocatoria de Retos de 2016 del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, DER-2016-75987-R.

la asamblea, entre cuyos miembros se elegirá a un alcalde (al respecto, Salanova Alcalde, 2011: 19 ss.); y que en las provincias el órgano de gobierno será en todo caso la Diputación.

El desarrollo de la regulación en torno al gobierno local con base en la Constitución se produjo años después de la mano de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL). Esta Ley, tomada como parámetro cuasi-constitucional por el Tribunal Constitucional en muchas ocasiones (Velasco Caballero, 2009: 171 ss.), partió de un concepto amplio de lo básico para regular la forma de gobierno local, garantizando la homogeneidad en todo el territorio. Desde entonces ha sido el eje del régimen local y, por tanto, de la regulación de la forma de gobierno local. Ahora bien, desde su aprobación en 1985 hasta 2019 ha sido objeto de numerosas reformas, algunas de las cuales se exponen seguidamente.

## **1. EJES DE EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DE GOBIERNO LOCAL**

### **1.1. El gobierno municipal**

En el ámbito municipal pueden identificarse tres ejes de evolución en torno a los cuales se pueden articular con facilidad las reformas acometidas en la forma de gobierno municipal –algunos de estos ejes también pueden verificarse en las tendencias de reforma del régimen local en los países de nuestro entorno–. El primero de ellos es el reconocimiento de los entes locales como verdaderos gobiernos locales; el segundo sería la tendencia a la parlamentarización progresiva del gobierno local; y el tercero se refiere a la introducción progresiva de una cierta diversificación de las formas de gobierno local.

#### **1.1.1. De corporaciones locales a gobiernos locales**

El hito más importante que experimentaron los municipios y el gobierno municipal tras la aprobación de la Constitución fue el reconocimiento de su dimensión política, más allá de su dimensión administrativa ligada, principalmente, a la prestación de servicios a su comunidad de vecinos. Como se ha señalado anteriormente, la garantía de autonomía local y la legitimidad democrática de los órganos de gobierno municipal contribuyeron a la aceptación de la trascendencia de sus decisiones en el plano político. Los municipios dejan de ser considerados meras corporaciones locales para ser gobiernos locales, actores en el sistema territorial por derecho propio (Font i Llovet, 2005: 17 ss.). Esta sustancia política de los entes locales no es incompatible con su posición distinta en el mapa territorial, en la medida en que no gozan de potestad legislativa (Salazar Benítez, 2007: 49 ss.). Las instituciones locales tienen carácter administrativo y que, al carecer de potestad legislativa, están ubicadas totalmente en el marco de la Ley (Parejo Alfonso, 2011: 68). Ahora bien, de la mera adopción de decisiones administrativas, técnicas, sobre la gestión de servicios, pasan a elaborar políticas públicas en la esfera de sus competencias, ampliada a través del concepto de autonomía local.

El desarrollo de la dimensión política de los entes locales inaugurada con las primeras elecciones democráticas discurrió en una primera fase por el camino de la atribución de una mayor capacidad de decisión política a los entes locales. Las reivindicaciones de los municipios cristalizaron en el denominado Pacto Local, que consistió en la reforma de varias leyes con el fin de reforzar a municipios y provincias. En concreto, por lo que respecta a la forma de gobierno local, se incluyó en la LBRL la posibilidad de crear grupos políticos en el Pleno municipal, de la mano de la Ley 11/1999; se reformó la LOREG mediante la Ley Orgánica 8/1999 para introducir la moción de censura y la cuestión de confianza a nivel local; y se diseñó el régimen de los municipios de gran población mediante la Ley 57/2003, de reforma de la LBRL. Esta corriente de reforma local, vinculada a la condición política de los gobiernos municipales, se enmarcó en la denominada segunda descentralización. Este proceso abrió un intenso debate en torno a la propia evolución del Estado que tuvo sus detractores (véase, por todos, Parada Vázquez, 2007: 2 ss.) y sus defensores (también, por todos, Font i Llovet, 2002: 14 ss.). Finalmente, los avances en el proceso se plasmaron en el Libro Blanco del Gobierno Local, que ponía de manifiesto la conveniencia de dotar de más autonomía y poder a los entes locales. Lo cierto es, sin embargo, que no se llevaron a cabo reformas de calado con posterioridad y se produjo un cambio en la línea de evolución del gobierno local. Las reformas tendentes a reforzar el carácter político de los entes locales dieron paso a un debate centrado en el modelo territorial, que tiene como protagonista fundamental a Cataluña.

En esta nueva línea puede hablarse de una segunda fase de desarrollo de los gobiernos locales relacionada con los Estatutos de Autonomía de segunda generación y que se ha identificado con la tendencia

a la «interiorización» del régimen local (Font i Llovet, 2006). Esta corriente se incardina en una línea más amplia de evolución del modelo territorial hacia un sistema federal, que puede tener distintas dimensiones: como materia estatutaria, institucional, territorial y competencial (al respecto, en detalle, Galán Galán, 2010: 100 ss.). La propuesta que se realiza consiste en entender que el régimen local debe corresponder, fundamentalmente, al nivel territorial intermedio, autonómico, del mismo modo que sucede en los Estados federales, donde los entes locales son parte de la Administración de los Estados federados y no de la Federación. Con ocasión de la reforma de los Estatutos de Autonomía (Cataluña y Andalucía), se trataron de introducir cambios en este sentido. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 247/2007 –relativa al Estatuto valenciano– y 31/2010 –referida al Estatuto catalán– admitieron la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía regularan el régimen local, pero únicamente en lo relativo a las líneas fundamentales o regulación esencial. Estos pronunciamientos se han percibido por parte de la doctrina como una puerta abierta a la profundización en la interiorización del régimen local, especialmente en el contexto de Cataluña (Font i Llovet y Galán Galán, 2014: 36 ss.). Sin embargo, también hay interpretaciones que consideran que el fuerte arraigo de la estructura territorial en tres niveles ha hecho difícil y cuestionable la aceptación de estas tesis tanto en la mayoría de la doctrina, como en la jurisprudencia, especialmente (Pomed Sánchez, 2010: 74 ss.; Ortega Álvarez, 2011a: 270). Habrá que esperar para ver en que dirección continúa este debate.

### **1.1.2. Parlamentarización del gobierno local**

El gobierno de los municipios en los que se entiende que no hay una dimensión política clara no requiere una distinción nítida de funciones normativas, ejecutivas y de control. Todos los miembros del gobierno toman parte en la adopción de decisiones, sin perjuicio de que el alcalde tenga una posición de cierto liderazgo y, sobre todo, de representación del municipio (Díez Sastre, 2010: 563). Este modelo no es compatible, por tanto, con el reconocimiento de autonomía local y de una dimensión política de los entes locales. En ese caso, es preciso realizar una atribución de competencias diferenciada entre los distintos órganos municipales. En esa línea, el modelo de la LBRL partía de una distinción de funciones entre alcalde y Pleno. El alcalde asume el impulso político y administrativo del municipio y es el órgano competente para adoptar la mayoría de las resoluciones administrativas. Por su parte, el Pleno asume el deber de controlar políticamente la actuación del alcalde, pero también adopta decisiones administrativas de especial importancia o trascendencia para el municipio (Parejo Alfonso, 2014: 15).

Este modelo de distribución de funciones evolucionó en el marco del denominado Pacto Local –al que se ha hecho referencia más arriba– a través de concretas reformas normativas: es el caso de la modificación de la LRBL mediante la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, que introdujo el régimen de funcionamiento de los municipios de gran población; de la reforma de la LOREG con el fin de introducir la moción de censura y la cuestión de confianza en el ámbito local; así como de la modificación de la LOTC para regular los conflictos en defensa de la autonomía local. Todas estas reformas se incardinan en una tendencia a la denominada «parlamentarización» del gobierno local; y suponen un paso más en el reconocimiento de la dimensión política de los entes locales (Jiménez Asensio, 2003: 76 ss.; Ortega Álvarez, 2011b: 903) Esto significa que, en el reparto de funciones entre los órganos municipales, el Pleno pierde poder en la adopción de decisiones administrativas, pero refuerza su capacidad de control y de fiscalización del ejecutivo municipal. Además, se mantiene como el órgano que ejerce la potestad normativa a nivel municipal. Por su parte, el alcalde refuerza su liderazgo y capacidad de dirección de la política municipal. Desde el punto de vista del funcionamiento de los órganos, también el Pleno se asemeja más a las cámaras parlamentarias, haciendo preceptivas las comisiones informativas.

Ahora bien, aunque ciertamente pueden encontrarse semejanzas entre el funcionamiento del modelo parlamentario y el modelo de gobierno local diseñado tras estas reformas normativas, lo cierto es que subsisten diferencias de importante calado, que impiden realizar una identificación entre las formas de gobierno a nivel estatal y autonómico, de un lado, y local, de otro lado (Salazar Benítez, 2007: 113 ss.). Al no tener atribuida potestad legislativa, no existe una relación entre ejecutivo y legislativo articulada en torno a las dos dimensiones del principio de legalidad: reserva de Ley y principio de primacía de la Ley. Además, el Pleno continúa ostentando potestades propias de la Administración. Existe un modelo de distribución legal de poder entre los órganos municipales que no se apoya en la jerarquía de uno frente a otros, sino en el principio de competencia (Velasco Caballero y Díez Sastre, 2008: 49 ss.). La traslación del modelo parlamentario al nivel de gobierno local presenta, por tanto, límites estructurales.

En la línea de la parlamentarización del gobierno local, la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, introdujo en la LBRL la posibilidad de que formaran parte de la Junta de Gobierno Local miembros que no ostentaran la condición de concejales, siempre que su número no superara el tercio de sus miembros, excluido el alcalde (art. 126.2 LBRL). Esta reforma trataba de permitir una mayor diversidad en la configuración de los órganos de gobierno locales como sucede en el Derecho comparado, con gerentes profesionales al frente de las ciudades. Por ejemplo, en Italia se admite que el alcalde nombre y revoque a los miembros de su equipo de gobierno, incluyendo a ciudadanos que no forman parte del Pleno (Medina Alcoz, 2010: 235). Esta opción, sin embargo, se declaró inconstitucional por la STC 103/2013. Consideró entonces el Tribunal Constitucional que la Constitución reserva el gobierno municipal al alcalde y a los concejales elegidos por los ciudadanos (art. 140 CE), impidiendo que se incorporen otros miembros. El texto constitucional impone, a su juicio, la elección democrática de los integrantes del gobierno local. La Sentencia contó con dos votos particulares en los que se ponían de manifiesto las dudas sobre la posible vulneración de la autonomía municipal al hacer una interpretación tan restrictiva del precepto constitucional. Sin embargo, el resultado es una importante homogeneidad en la composición y forma de los gobiernos locales.

### 1.1.3. Diversificación del gobierno local

La LBRL estableció un modelo de bases densas, que tendía a la homogeneidad en la estructura del gobierno local en la mayor parte de los municipios –con la salvaguarda del modelo de concejo abierto–. De acuerdo con la STC 214/1989, la organización local está estructurada en dos niveles: básica o necesaria (correspondiente a la legislación del Estado) y complementaria (atribuida a las Comunidades Autónomas) (Fernández Farreres, 2011: 1.493). La regulación básica se concibió de forma minuciosa para los órganos esenciales de gobierno, tanto de los municipios como de las provincias. En consecuencia, se estrechó el margen disponible para que las Comunidades Autónomas establecieran una regulación complementaria, conforme a lo previsto en los artículos 20.2 y 32.3 LBRL (Fuentes, 1991: 171 ss.; Sánchez Morón, 2011: 372); y, lógicamente, se dejó muy poco espacio para los reglamentos orgánicos que quedan vinculados por lo establecido tanto en la LBRL como en la regulación autonómica complementaria (Sánchez Morón, 2011: 373; Fernández Farreres, 2011: 1.481 ss.).

De modo que lo habitual en el modelo español de régimen local ha sido que el gobierno local tuviera la misma estructura en todo el territorio, con independencia de las características de los distintos gobiernos locales a lo largo del territorio. Esta tendencia se rompió gracias a la reforma de la LBRL mediante la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, que estableció diferencias organizativas entre los municipios de «régimen común» y los municipios «de gran población». La ruptura de la homogeneidad fue bienvenida; sin embargo, no tuvo como efecto la apertura de un mayor margen de decisión autonómico o local en torno a la organización municipal. Siguiendo la tradición consolidada a lo largo de los años, el legislador estatal estableció una regulación exhaustiva de la organización municipal, más detallada incluso que en el caso de los municipios de régimen común (Sánchez Morón, 2011: 372). La Ley dejaba poco margen de desarrollo tanto a las Comunidades Autónomas como a los propios municipios (de forma crítica, Jiménez Asensio, 2003: 74) y ello ha dado problemas en su implementación por los municipios debido a la dificultad que supone cumplir con todas las exigencias legales (al respecto, en detalle, Carbonell Porras, 2009).

En la misma línea de ruptura de la homogeneidad de la forma de gobierno local, hay que situar a los regímenes locales de carta, que afectan fundamentalmente a Madrid y Barcelona; aunque también hay que tener en cuenta a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla (Ortega Álvarez, 2011c: 1.622 ss.). En el caso de Madrid, el régimen especial deriva de su condición de capital del Estado (art. 5 CE). Además, el Estatuto de Autonomía de Madrid (art. 6) reconoce la posibilidad de que exista un régimen especial para la villa de Madrid (Ortega Álvarez, 2011c: 1.620). De manera que en 2006 se aprobó la Ley de Capitalidad junto al régimen de la especialidad de Madrid como gran municipio (Ley 22/2006, de 4 de julio, de capitalidad y régimen especial de Madrid). En el caso de Barcelona, también existe un régimen *ad hoc* que se contiene en dos normas legislativas, de la Generalitat de Catalunya, por un lado (Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona), y del Estado, por otro lado (Ley 1/2006, de 13 de marzo, por la que se regula el régimen especial del municipio de Barcelona). De este modo se atiende a las particularidades de esta gran ciudad (en detalle, Cases Pallarés, 2008: 81 ss.). En ambos casos se establecen regímenes de carta, específicos, pero no por ello son modelos más abiertos. En la práctica, tanto Madrid como Barcelona tienen poco margen para optar o desarrollar un modo de organización distinta o una forma de gobierno local distinta de la prevista legalmente.

## 1.2. El gobierno provincial

La estructura de los órganos de gobierno de las provincias ha solido tratarse como un derivado de la organización municipal; de forma que es posible encontrar numerosos paralelismos con los municipios (Morell Ocaña: 2011: 1.591). A esta situación coadyuva el hecho de que los diputados provinciales no se elijan directamente por los ciudadanos, sino que se elijan de forma indirecta a partir de los resultados de las elecciones municipales. Esto puede explicar que no se haya prestado tanta atención a la forma de gobierno provincial de forma autónoma y también puede explicar la mayor debilidad de las provincias en el mapa local. Su legitimidad democrática de segundo nivel ha jugado en contra de la justificación de su existencia.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, en el régimen local español, el cuestionamiento de la existencia y forma de organización de las provincias ha sido una constante desde la confirmación de la STC 32/1981 de la autonomía provincial con ocasión de la impugnación de la Ley catalana 6/1980 (al respecto, Santamaría Pastor, 1982: págs. 179 ss.). Ese cuestionamiento se ha generalizado en la última década con la apertura de un intenso debate sobre la posible abolición y reforma de las provincias en el contexto de la crisis económica (al respecto, Cosculluela Montaner, 2011: 63 ss.) y sobre la necesidad de flexibilizar el nivel intermedio de gobierno local (Font i Llovet y Galán Galán, 2014: 28 ss.). Esta discusión entronca con otras medidas de redimensionamiento de la planta local que han acontecido en los países de nuestro entorno (sobre estas reformas, Almeida Cerredá, 2015: 29 ss.) y puede decirse que es una discusión que todavía permanece abierta (Barrero Rodríguez, 2017: 315 ss.; Tajadura Tejada, 2019: 229 ss.). La reforma operada por Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) no parece haber aplacado las críticas sobre la configuración de las provincias en el sistema territorial.

## 2. ARRAIGO Y DESARROLLO DE LOS DERECHOS DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA

Junto a los ejes de evolución expuestos, cabe apuntar otra línea de desarrollo de la forma de gobierno local, que se refiere al arraigo y consolidación de los derechos de representación política de los electos locales con base en el derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 CE. A continuación, se da cuenta del modo en que se han modulado esos derechos, fundamentalmente en la jurisprudencia, pero también en la legislación; en concreto, se presta especial atención al caso de los concejales no adscritos. En este recorrido se mostrarán, sin carácter exhaustivo, algunas de las cuestiones más conflictivas a las que se ha tenido que enfrentar el legislador a la hora de determinar el estatuto de los electos locales. Todo ello sin perjuicio de los problemas que se han derivado del funcionamiento de los órganos colegiados locales (Colás Tenas, 2008: 76 ss.) y de la importancia que ha alcanzado en los últimos años la vertiente de la integridad y de la lucha contra la corrupción plasmada en la regulación del régimen de incompatibilidades, los conflictos de intereses y los códigos éticos orientados a garantizar el buen desempeño de sus cargos por los electos locales. Parece fuera de toda duda que este será un ámbito que continuará experimentando un importante desarrollo en el futuro.

### 2.1. Acceso a la información

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto que en el funcionamiento cotidiano de los entes locales se producen numerosos conflictos con ocasión del ejercicio de los derechos de información y control por parte de los concejales. Con base en el artículo 77 LBRL todos los electos tienen derecho a obtener del alcalde y de la Junta de Gobierno Local –los órganos ejecutivos– los datos e informaciones que sean necesarios para desarrollar su función de control. Ese derecho se ha vinculado por la jurisprudencia con el núcleo del derecho fundamental de participación en los asuntos municipales. Entre otras muchas sentencias, la STS de 9 de diciembre de 1995 (6248/1995, ECLI:ES:TS:1995:6.248) insiste en que la negativa a facilitar a los concejales la información necesaria para ejercer su cargo lesiona el artículo 23 CE.

Ahora bien, los tribunales han distinguido entre el derecho de acceso a la información de los concejales y su derecho a obtener copias. El artículo 23.2 CE solo incluye el primero de estos derechos. El derecho a hacer copias en los casos del artículo 15 ROF deberá garantizarse cuando lo autorice el alcalde y, especialmente, cuando la información sea de acceso libre a los ciudadanos. No obstante, el ejercicio de ese derecho se somete a una ponderación en la que hay que contemplar el volumen de la documentación y la posible perturbación que su expedición o entrega pueda causar al funcionamiento de la entidad local,

en función de los medios de que disponga. La carga de justificar y probar las circunstancias que motiven la denegación le corresponde al Ayuntamiento (por todas, la STS de 2 de julio de 2007, 4897/2007, ECLI:ES:TS:2007:4.897). Así, por ejemplo, en un supuesto en que la información se refiere al Presupuesto Municipal, que es un asunto a tratar en un órgano colegiado del Ayuntamiento, es de acceso libre y de carácter concreto, se vulnera el artículo 23.2 CE cuando se deniegan las copias (STS de 28 de enero de 2008, 900/2008, ECLI:ES:TS:2008:900).

## **2.2. Derechos económicos**

En el ámbito de los derechos económicos de los electos locales se ha producido una importante evolución en los últimos cuarenta años. Antes de la LBRL solo se permitía que los alcaldes y presidentes de las Diputaciones provinciales percibieran asignaciones por el ejercicio del cargo. El resto de electos debían ejercer el cargo de forma gratuita. Solo podían percibir dietas por asistencia e indemnizaciones por gastos de representación. Esta situación cambió, sin embargo, de la mano de la Carta Europea de la Autonomía Local (art. 7.2) que exigía una compensación de los gastos o una remuneración del trabajo realizado con la cobertura social correspondiente (al respecto, en detalle, Rivero Ysern, 2014: 146). Por esa razón, la LBRL previó la posibilidad de que los electos con dedicación exclusiva percibieran una retribución (art. 75.1). Posteriormente, la Ley 1/1999 de reforma de la LBRL incluyó también la posibilidad de retribuir a los concejales que se encontraran en régimen de dedicación parcial.

En principio, el legislador no estableció límites concretos a estas retribuciones, que debían preverse en los presupuestos municipales. La crisis económica y los abusos cometidos en algunos municipios condujeron, sin embargo, a la fijación de determinados límites retributivos en la propia LBRL. La LRSAL incluyó un nuevo artículo 75 bis que contiene una tabla con límites retributivos en función de la población del municipio y tomando como referencia la retribución de los Secretarios de Estado. Asimismo, esta Ley marcó un límite al número de electos que pueden tener dedicación exclusiva, atendiendo también a la población del municipio (art. 75 ter).

En relación con las indemnizaciones, hay que mencionar que los electos locales tienen el deber de asistir a las sesiones de los órganos colegiados de los que son miembros. Con el fin de garantizar el cumplimiento de ese deber, el Presidente puede multar a aquellos concejales que no asistan a dichas sesiones sin justificación suficiente (art. 78.4 LBRL) en los términos que establezca la legislación autonómica o, en su caso, básica. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el artículo 75 LBRL prevé que aquellos electos que perciben retribuciones fijas y periódicas no tienen derecho a percibir retribuciones por la asistencia a las sesiones de los órganos colegiados, lo que puede conducir a una pérdida de efecto de las multas señaladas, a no ser que se interprete que puede reducirse proporcionalmente la retribución del concejal que no asista a las sesiones convocadas (Alonso Higuera, 2017: 372).

## **2.3. El estatuto de los concejales no adscritos**

Otra de las cuestiones que ha sido objeto de mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial en los últimos años ha sido la clarificación de los derechos que han de conformar el estatuto de los concejales no adscritos. La reforma de la LBRL, efectuada por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, introdujo la figura del representante no adscrito en el artículo 73.3 LBRL, que ya se había incluido en algunas legislaciones autonómicas (Alonso Mas, 2005: 96). De este modo se trataba de dar respuesta al fenómeno del transfuguismo en el ámbito municipal, pero también a las distintas circunstancias que podían derivar en la existencia de electos no adscritos: renuncia voluntaria, expulsión forzosa y la disolución y suspensión del grupo político (Nogueira Martínez, 2012: 67 ss.).

A lo largo de los años, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo ha concretado los derechos que corresponden a este tipo de concejales: derechos económicos, derechos a participar en las comisiones informativas, etc. La STC 246/2012 consolida esa jurisprudencia y configura el estatuto de los concejales no adscritos en atención a tres grandes grupos de derechos: a) derechos ligados al núcleo de la función representativa de los concejales con base en el artículo 23.2 CE; b) derechos que no afectan a ese núcleo de la función representativa; c) y los derechos, tanto económicos como políticos, asociados únicamente a la adscripción de un concejal a un grupo político. Los primeros no se alteran en el caso de que el concejal tenga la condición de no adscrito, en la medida que el derecho de representación consagrado en el artículo 23.2 CE es un derecho individual. El resto puede modularse o suprimirse en el caso de los concejales no adscritos (De la Torre Martínez, 2014: págs. 115 ss.).

El último de los hitos en relación con el reconocimiento de derechos a los concejales no adscritos es la STC 151/2017, que ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 197.1 LOREG, en la medida en que establecía un quórum reforzado cuando entre los firmantes de una moción de censura hubiera concejales que hubieran dejado de pertenecer al grupo político del alcalde y que no estuvieran adscritos a ningún partido. El Tribunal Constitucional apoya su decisión en el hecho de que la participación en una moción de censura al alcalde constituye una parte nuclear del derecho de participación política consagrado en el artículo 23.2 CE. A su juicio, la decisión del legislador de establecer un quórum especial cuando la moción de censura se promueve por concejales no adscritos no supera un juicio de proporcionalidad. Se considera una medida idónea y necesaria para luchar contra el transfuguismo, pero no proporcionada, puesto que no diferencia entre las distintas circunstancias que pueden conducir a un concejal a abandonar su grupo político. La restricción uniforme del derecho a promover una moción de censura se declara, por ello, inconstitucional (en detalle, De la Torre Martínez, 2018: 119 ss.).

### **3. RETOS DEL GOBIERNO LOCAL**

Tras la exposición de la evolución que han experimentado las formas de gobierno local en los últimos cuarenta años, parece oportuno identificar algunos de los retos que deberán afrontar las formas de gobierno local hacia el futuro. Algunos de estos retos son de carácter político y administrativo. Todos ellos se han manifestado ya en el pasado, sin que hayan sido resueltos, lo que hace sospechar que es posible que vuelvan a plantearse de nuevo. Además, son retos que también se han presentado en los países de nuestro entorno, de modo que las soluciones adoptadas pueden ser útiles para adoptar posibles decisiones de reforma del régimen local español. Es el caso de los problemas derivados de la profesionalización y separación de funciones entre decisiones políticas y técnicas en los Ayuntamientos; los gobiernos en minoría y el transfuguismo; así como la elección directa del Alcalde. Por otro lado, se abre un horizonte relacionado con los cambios a los que se están enfrentando ya en la actualidad nuestras sociedades y que suscitan problemas desde el punto de vista de las formas de gobierno. Así parece suceder en relación con la brecha existente entre los entornos rurales y urbanos, así como con el cambio de la demografía de los municipios que está vinculado al envejecimiento de la población. Ambos retos, relacionados con dos elementos esenciales de los municipios: territorio y población, respectivamente, pueden requerir una nueva reflexión sobre las formas de gobierno municipales. En seguida se desarrolla cada uno de estos retos brevemente.

#### **3.1. Retos políticos y administrativos**

##### **3.1.1. Profesionalización y separación de funciones**

El ánimo de democratización de los entes locales condujo en su momento a la atribución de competencias decisorias sobre la gestión municipal a los distintos órganos municipales. En el modelo establecido por la LBRL, son los electos locales los llamados a ejercer numerosas competencias de carácter administrativo, bien a título unipersonal (Alcalde) o de forma colegiada (Junta de Gobierno Local y Pleno). De modo que se implanta un sistema dicotómico entre política y función pública (Jiménez Asensio, 2011: 170), en el que el estrato político acumula las competencias para decidir en torno a cuestiones administrativas. Este modelo plantea problemas que pueden articularse en torno a dos tipos:

- a) En primer lugar, parece innecesario hacer responsable del ejercicio de competencias técnicas a los electos locales, tanto en su condición de alcalde como de concejales. En determinadas decisiones donde la programación normativa requiere una interpretación técnica, ya sea técnico-jurídica o de otro tipo, no parece adecuado atribuir la competencia a los electos locales. Parece más razonable que esas competencias se atribuyan al personal municipal que goce de la capacitación profesional adecuada. Esto permitiría avanzar en el sentido de una profesionalización en el ámbito local y de la desaparición de algunas de las fricciones más importantes que se producen en el funcionamiento cotidiano de los entes locales, cuando se entrecruzan los criterios estratégicos, que han de ser eminentemente políticos, con criterios de gestión, que deben ser técnicos. En Italia, los reiterados casos de corrupción municipal condujeron al establecimiento de una separación clara entre las tareas de gestión administrativa, que se asignan a la Administración municipal –de modo que el Alcalde no es el órgano competente para la adopción de resoluciones concretas–; y las tareas de dirección y control político-administrativo,

que se reparten entre los órganos integrados por los electos locales (Díez Sastre, 2010: 566). De modo que en un contexto de promoción de la integridad y de lucha contra la corrupción, podría convenir acometer algunas reformas orientadas a esta separación progresiva de funciones.

- b) En segundo lugar, hay que dedicar un especial apartado a la atribución de capacidad decisoria al Pleno en cuestiones administrativas. Aunque esa situación trató de corregirse en el marco del proceso de «parlamentarización» del gobierno local, descrito más arriba, lo cierto es que aún existen decisiones administrativas que corresponden al Pleno y que dificultan la gestión municipal. El Pleno, como órgano colegiado integrado por los distintos grupos políticos y los concejales está diseñado para articular un debate fundamentalmente político. Su modo de funcionamiento se orienta precisamente a las tareas de elaboración normativa y de control; por eso no se adapta bien al ejercicio de competencias administrativas que exigen capacidad de dirección. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que el Pleno es órgano de contratación y, conforme a la normativa de contratación pública, debería encargarse de la tramitación del procedimiento, desde la preparación del contrato hasta su adjudicación y posterior ejecución. No parece que el Pleno tenga una organización idónea para desempeñar de la mejor manera posible esas funciones. A estos obstáculos hay que sumar, además, que al atribuir funciones administrativas al Pleno puede producirse una paralización de la toma de ciertas decisiones cuando no existan mayorías suficientes. Esta cuestión se analiza en el siguiente punto.

Los problemas comentados, pueden llegar a justificar la necesidad de mejorar el reparto de funciones en el ámbito municipal. En este sentido, en un contexto de mejora de la gobernanza y de implantación de la «Nueva Gestión Pública», es necesario diversificar los roles dentro del gobierno local. Una fórmula para llevarlo a cabo puede ser el desarrollo de figuras como los directivos locales que pueden servir de enlace entre los políticos y los empleados públicos (a favor de esta opción, en detalle, Jiménez Asensio, 2011: 171 ss.). Asimismo, de forma complementaria, hay que tener en cuenta que el modelo de distribución competencial diseñado en la LBRL es un punto de partida que presenta variantes en la práctica a través de las técnicas de las delegaciones, lo que permite identificar en la práctica distintas formas de gobiernos locales que atienden a distintos factores. El estudio de la realidad parece en este sentido, ineludible, para afrontar posibles reformas normativas de la forma de gobierno local en el futuro (al respecto, en detalle, Pano Puey, 2017: 201 ss.).

### **3.1.2. Gobiernos en minoría**

La progresiva fragmentación del mapa político en España ha intensificado los problemas que se producen en el gobierno local cuando existen gobiernos en minoría. Estas complicaciones se proyectan en distintas decisiones que se han identificado en la práctica (al respecto, en detalle, Alonso Higuera, 2016: 44 ss.): a) la creación de las comisiones informativas de carácter permanente en el Pleno; b) el diseño del sistema de delegaciones interorgánicas; c) el régimen de dedicación y retribución de los miembros electos, así como las características y número del personal eventual; d) el nombramiento de los miembros de los órganos de gobierno de los entes instrumentales, entre otros. En especial, llama la atención la determinación de la composición de los órganos de gobierno de los entes instrumentales. Una decisión de gestión de competencias municipales, que debería corresponder en exclusiva al ejecutivo municipal conforme al reparto legal de competencias entre los órganos municipales, acaba planteándose como un problema vinculado al Pleno y a los distintos grupos políticos (al respecto, de forma crítica, Velasco Caballero, 2019). Asimismo, se producen disfunciones cuando se prevén mayorías cualificadas para la toma de decisiones en el Pleno o cuando se reconoce el derecho de la oposición a la presentación de iniciativas o proposiciones que pueden llegar a sustituir al alcalde y a la Junta de Gobierno Local en su función de gobierno.

A la vista de estos problemas, cada vez más habituales en los municipios españoles, parece necesario buscar soluciones que puedan garantizar la gobernabilidad y estabilidad de los gobiernos locales. Una mayor profundización de la llamada «parlamentarización» del gobierno local puede ir en esa línea; pero también puede haber otras iniciativas como la elección directa del alcalde –que se aborda seguidamente– que pueden contribuir a garantizar el buen funcionamiento de los gobiernos locales.

### **3.1.3. Elección directa del Alcalde**

El texto constitucional deja abierto el modo de elección del alcalde, de forma directa o indirecta. El artículo 140 señala que “[l]os Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos”. El legislador

orgánico determinó la elección del alcalde a través de los concejales. Una vez constituida la Corporación, tras la celebración de las elecciones municipales, se procede a elegir al alcalde de entre los concejales que encabezan sus correspondientes listas. Se proclama electo a quien obtenga la mayoría absoluta de los votos de los concejales. De no existir mayoría absoluta, será proclamado alcalde quien encabece la lista que haya obtenido mayor número de votos. De existir empate, se resolverá por sorteo. En el caso de los municipios de entre 100 y 250 habitantes, pueden ser alcalde todos los concejales. Será elegido quien tenga mayoría absoluta de los votos de los concejales, si no, se proclamará alcalde a quien obtenga más votos populares en las elecciones de concejales (art. 196 LOREG).

A pesar de la consolidación de esta forma de elección del alcalde, desde hace más de veinte años se abre de forma intermitente el debate sobre la introducción de un sistema de elección directa, esto es, de elección a través de los vecinos. Y lo más llamativo es que esa posibilidad se ha defendido por partidos, en principio, antagónicos. El Partido Socialista presentó en 1998 una proposición de reforma de la LOREG para que se eligiera directamente al alcalde. De hecho, la reforma de la LBRL acometida por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, se consideró un paso necesario para introducir la elección directa del alcalde (Díez Sastre, 2004: 233). Posteriormente, en 2014, el Partido Popular declaró su voluntad de implantar este sistema, aunque, en realidad, se decantaba por establecer un modelo de bonus de mayoría, a la lista más votada, como sucede en Francia o Italia (Simón, 2014). En el ínterin, el Consejo de Estado emitió un Informe (de 24 de febrero de 2009), en el que se estudiaban las posibilidades y alternativas de modificación del sistema electoral, incluido el régimen electoral a nivel local (García, 2011: 206).

Ninguna de estas propuestas tuvo éxito, sin embargo, en la doctrina se sigue planteando la posibilidad de introducir esta forma de elección (Salazar Benítez, 2007: 154 ss.; más recientemente, Font i Llovet y Galán Galán, 2014: 24 ss.). Con ello se busca reforzar la legitimidad de los gobiernos locales (Ridao i Martín, García y Martínez, 2015: 84), mejorando la calidad democrática del gobierno local, así como garantizar estabilidad y gobernabilidad de los Ayuntamientos en el contexto de mayor fragmentación política al que se ha aludido más arriba (García, 2011: 216 ss.; Arenilla Sáez, 2015; Navarro Gómez y Sweeting, 2015: 108). A pesar de estas posibles bondades, no hay que perder de vista que la elección directa supone sobre todo un reto para los partidos políticos que pueden perder su influencia en la política local. No en vano, en los países en que se ha introducido esta forma de elección, un importante porcentaje de los alcaldes no está afiliado a ningún partido, con las consecuencias que ello tiene desde el punto de vista político (al respecto, en detalle, Navarro Gómez y Sweeting, 2015: 111 ss.). Esta circunstancia puede suponer un obstáculo importante en la introducción de esta forma de elección de los alcaldes.

Más allá del análisis de ventajas y desventajas del modelo, lo cierto es que la introducción de la elección directa del alcalde exige una reflexión global sobre la forma de gobierno a nivel local, que va más allá de las fórmulas electorales. En concreto, el cambio en la forma de elección del alcalde requiere un análisis sobre el reparto de poder entre los órganos municipales y las relaciones existentes entre ellos. Específicamente, obliga a reflexionar sobre los mecanismos de control del Alcalde por el Pleno, ya que la moción de censura y la cuestión de confianza no se ajustan bien a un modelo de alcaldes elegidos directamente por los vecinos (García, 2011: 226 ss.). Esto es lo que muestra la experiencia de los países de nuestro entorno que, en su momento, introdujeron esta forma de elección del alcalde (al respecto, Bertrana Horta y Magre Ferrán, 2017) y de otros países como Canadá, Japón o Estados Unidos, que cuenta con una larga tradición de elección directa de los alcaldes (Navarro Gómez y Sweeting, 2015: 106). Valgan como prueba los siguientes ejemplos:

- a) En el caso de Alemania, solo los Länder del sur elegían directamente a los alcaldes (Baviera y Baden-Württemberg), pero en la década de los noventa del siglo pasado –tras la Reunificación– este modo de elección del alcalde se extendió por todo el territorio como un modo de mejorar la participación ciudadana en el nivel local de gobierno y de fomentar el principio democrático (Díez Sastre, 2004: 242 ss.). La elección directa del alcalde se acompañó de un reforzamiento de su posición en el gobierno, pero también de la introducción de más controles sobre el ejecutivo. Con este fin se introdujo la posibilidad de revocar el nombramiento del alcalde (Abwahl), bien a propuesta del Alcalde o de los ciudadanos, según los casos.
- b) En Italia, la elección directa del alcalde se introdujo de forma simultánea a Alemania, aunque se explica por razones distintas, como reacción a la crisis de los partidos derivada de los escándalos vinculados a la corrupción a principios de los noventa. El sistema se consolidó, favoreciendo el gobierno de la lista más votada con un premio o bonus de mayoría en las regiones ordinarias y manteniendo

la posibilidad de introducir variantes en el sistema electoral en las regiones especiales. Ahora bien, se conservaron tanto la moción de censura del alcalde por el pleno, como la disolución del Pleno en caso de dimisión del alcalde (Medina Alcoz, 2010: 236; en detalle, sobre el modelo inicial, Beltrán de Felipe, 1993).

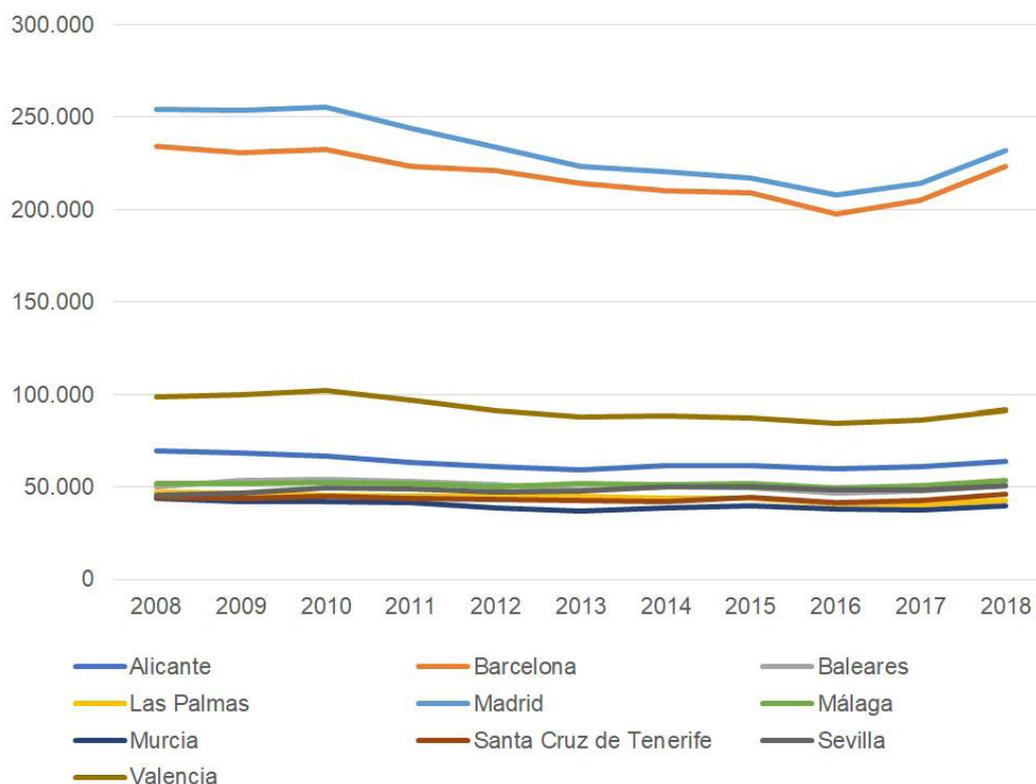
- c) Por último, en el Reino Unido, la elección directa se implantó solo en Inglaterra y Gales, pero de forma optativa. En Irlanda del Norte y Escocia se mantuvo un modelo de elección por los miembros de la Asamblea. La posibilidad de introducir la elección directa fracasó en la mayoría de los casos, donde se mantuvo el sistema de elección indirecta, lo que puede relacionarse con los bajos niveles de autonomía local garantizados en el Reino Unido, a diferencia de los países en Europa continental (Díez Sastre, 2010: 562).

### 3.2. Retos geográficos y demográficos

#### 3.2.1. Eje rural-urbano

Junto a los retos de carácter político y administrativo, parece importante atender a la realidad, cada vez más visible, de las diferencias existentes entre los gobiernos locales que se encuentran en entornos rurales y urbanos, respectivamente. En España, la entrada en el siglo XXI ha venido acompañada de un importante incremento de la movilidad de la población tanto dentro del territorio como hacia el exterior. Por lo que respecta a la movilidad interior, está orientada, fundamentalmente, hacia las grandes ciudades, que incrementan su población a costa de los pequeños municipios y de las capitales de provincia de menor tamaño. En consecuencia, se produce un efecto de metropolización de determinadas ciudades, cuyos ejemplos paradigmáticos son Madrid y Barcelona. En la figura que se presenta a continuación puede verse la serie de los últimos diez años de recepción de población por provincias.

**FIGURA 1. DIEZ PROVINCIAS CON MAYOR AUMENTO DE POBLACIÓN EN LOS ÚLTIMOS DIEZ AÑOS (2008-2018)**  
[AUMENTO EN NÚMERO DE HABITANTES]



Fuente: elaboración propia a partir de datos del INE.

De los datos mostrados se colige con facilidad que los mayores incrementos de población se producen en aquellas provincias que cuentan con una gran ciudad que sirve como polo de atracción económico, laboral y cultural. Dicho en otras palabras, las capitales de provincia de menor tamaño y, sobre todo, los municipios de pequeño tamaño que se encuentran en el ámbito rural, experimentan un menor incremento de población e, incluso, una rebaja del número de habitantes. Este progresivo desplazamiento de población del ámbito rural a los entornos urbanos produce alteraciones importantes en la configuración de los municipios. En la Tabla que se presenta a continuación se observa una tendencia consolidada al crecimiento del número de municipios con una población cada vez más baja.

**TABLA 1. EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE MUNICIPIOS EN FUNCIÓN DE SU POBLACIÓN (1979-2011)  
[EN NÚMERO Y PORCENTAJE]**

Habitantes	1979	2011	Diferencia (núm. – %)
Hasta 250	1.855	2.609	754 – 40%
251-5.000	4.933	4.160	-773 – -15%
5.001-20.000	825	918	93 – 11,2%
20.001-50.000	162	252	90 – 55%
50.001-300.000	86	132	46 – 53%
Más 300.000	9	13	4 – 44%
<b>ESPAÑA</b>	<b>7.870</b>	<b>8.084</b>	<b>214 – 2,7%</b>

Fuente: elaboración propia a partir del Informe “Elecciones municipales en España 1979-2011”, Ministerio del Interior, 2014.

En esta situación se plantean numerosos retos a los gobiernos locales y, en concreto, a la forma de gobierno local, que pueden ordenarse en torno a dos ideas, la consolidación de ciudades globales y la despoblación del espacio rural:

- a) Por un lado, las grandes ciudades que están experimentando un mayor incremento de población reclaman un espacio distinto en la arena política, dentro del sistema territorial, así como un régimen jurídico diferenciado. En el caso de Madrid y Barcelona ya se ha expuesto cómo su singularidad motivó la elaboración de regímenes de Carta. Ahora bien, es posible que en el futuro haya que desarrollar aún más esas particularidades jurídicas que reflejan un fenómeno contemporáneo que parece inevitable: la aparición de ciudades globales que reivindican un espacio propio no solo a nivel nacional, sino también internacional (al respecto, en detalle, Velasco Caballero, 2018: págs. 28 ss.; González Medina, 2019: 199 ss.).
- b) Por otro lado, la despoblación del mundo rural conduce a la multiplicación de municipios con un escaso volumen de población. Una de las reacciones directas del legislador a esta realidad ha sido la fijación de un umbral mínimo de 5.000 habitantes para crear nuevos municipios, a partir de la reforma de la LBRL (art. 13.2) por la LRSAL. Esta medida es fruto del debate abierto en torno a la posible reducción de municipios de pequeño tamaño en los tiempos de la crisis económica (Rebollo Puig, 2008), que finalmente fracasó tratando de reformar el mapa municipal (Carbonell Porrás, 2018: 6 ss.). No obstante, su finalidad es garantizar la sostenibilidad financiera de los nuevos municipios en el marco de las competencias del Estado (STC 41/2016) (Pons-Portella, 2016: 113 ss.). Pues bien, sin perjuicio de la oportunidad de esta medida, es necesario prestar mayor atención a este fenómeno, que tiene un claro impacto en la prestación de servicios, pero también en la forma de gobierno de los municipios. Ya se ha señalado que la regulación del gobierno local en la LBRL ha tendido tradicionalmente a una cierta homogeneización, dando un espacio relativo al desarrollo autonómico, que pueda ser más sensible a las diferencias geográficas, demográficas, económicas, sociales e, incluso, culturales. Quizás, en el futuro, sea necesario diversificar de una forma más clara las formas de gobierno local y la propia estructura territorial de los municipios con el fin de atender a los problemas que se están manifestando en el siglo XXI.

### 3.2.2. Envejecimiento de la población

De forma complementaria a los retos que se derivan de la distinción entre entornos urbanos y geográficos habría que situar también el envejecimiento de la población. En 2014, el 20% de la población de ciudades de más de 500.000 habitantes superaba los 65 años. Estos datos son todavía más llamativos en el ámbito rural, que concentra un porcentaje mayor de población envejecida. Ello se explica, entre otros factores, por la continuada emigración de su población desde la segunda mitad del siglo xx (Elizalde-San Miguel, 2018). En 2016, el porcentaje de población mayor a 65 años en municipios de menos de 5.000 habitantes era del 24,4%, frente al 18,6% del resto de municipios; en el mismo sentido, los vecinos mayores de 80 años en los municipios de menos de 5.000 habitantes representaban el 9,2% de la población frente al 5,9% de los municipios de mayor tamaño (Elizalde-San Miguel, 2018). Atendiendo a una información desagregada, hay que tener en cuenta que, en 2014, los vecinos de más de 65 años representaban el 32% de la población en municipios de entre 101 y 500 habitantes; el 27% en municipios de entre 501 y 1.000 habitantes; y el 25% en municipios de entre 1.001 y 2.000 habitantes (datos elaborados a partir del trabajo de Abellán García et alia, 2015).

El envejecimiento de la población, especialmente en el ámbito rural, pero también en el ámbito urbano, no solo supone un reto para la prestación de servicios municipales, sino que también puede plantear problemas desde el punto de vista de la viabilidad de las formas de gobierno previstas en los pequeños municipios. Los gobiernos locales requieren la participación de los vecinos de forma activa, en primera instancia, como electores y, en segunda instancia, como concejales o alcaldes (arts. 184 y 196 LOREG). Esta necesidad se acentúa en los casos de las fórmulas de gobierno que descansan en la democracia directa. El envejecimiento de la población puede dificultar esa participación. En este sentido, la reforma de la LOREG, a través de la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, ha supuesto una reducción del número de municipios que se rigen por el sistema de concejo abierto, con el fin de facilitar su funcionamiento en los casos en que los vecinos no están en condiciones o no tienen incentivos para participar en la política local (Salanova Alcalde, 2011: 19).

Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que es fundamental para el bienestar de las personas mayores fomentar la participación en su entorno (Monreal Bosch, 2009). De modo que uno de los retos de los gobiernos locales en el futuro será lograr involucrar a las personas mayores en la política municipal, a través de órganos de participación como los consejos de personas mayores y de nuevas iniciativas que permitan conocer sus necesidades y mejorar las formas de satisfacerlas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLÁN GARCÍA, A.; PUJOL RODRÍGUEZ, R.; RAMIRO FARIÑAS, D.; y PÉREZ DÍAZ, J. (2015): "Pirámide rural", en *Blog envejecimiento en red*. CSIC. Disponible en línea: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/blog/Piramide-rural.pdf>.
- ALMEIDA CERREDA, M. (2015): "Tres procesos contemporáneos de reforma de las organizaciones administrativas locales: orígenes, finalidades y líneas de actuación coincidentes", en ALMEIDA CERREDA, M.; TUBERTINI, C. y GONÇALVES, P. (dirs.): *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, págs. 29-44. Cizur Menor: Civitas.
- ALONSO HIGUERA, C. (2016): "Gobernar en minoría ayuntamientos fragmentados", en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 40, págs. 37-67.
- ALONSO HIGUERA, C. (2017): "El Estatuto de los electos locales", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 107-II, págs. 367-470.
- ALONSO MAS, M. J. (2005): "El discutible régimen jurídico de los concejales no adscritos", en *RAP*, núm. 168, págs. 95-130.
- ARENILLA SÁEZ, M. (coord.) (2015): *La elección directa del alcalde. Reflexiones, efectos y alternativas*. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C. (2017): "La situación actual de las diputaciones: Los extremos esenciales de un debate por resolver", en PAREJO ALFONSO, L. J. (dir.): *El futuro de la Administración local y el papel de los gobiernos locales intermedios*, págs. 315-360. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- BELTRÁN DE FELIPE, M. (1993): "La nueva Ley electoral local italiana (Ley de 25 de marzo de 1993, n.º 81, de elección directa de los alcaldes y presidentes provinciales)", en *REALA*, núm. 259, págs. 583-600. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.vi259.8793>.
- BERTRANA HORTA, X. y MAGRE FERRÁN, J. (2017): "Elección directa del alcalde y cambio institucional: una aproximación comparada", en *Anuario del Gobierno Local 2017*, págs. 131-154.

- CALDERÓ CABRÉ, A. (1998): “Modelos de gobierno municipal”, en CASTILLO BLANCO, F. (coord.): *Estudios sobre los gobiernos locales*, págs. 1-43. Granada: CEMCI.
- CARBONELL PORRAS, E. (2009): “Los municipios de gran población, cinco años después”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 20.
- CARBONELL PORRAS, E. (2018): “La alteración de términos municipales en la reforma de 2013: crónica de un fracaso anunciado”, en *REALA*, Nueva Época, núm. 9, págs. 5-21. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i9.10513>.
- CASES PALLARÉS, J. (2008): “La organización municipal en el régimen especial de la Carta Municipal de Barcelona”, en BETANCOR RODRÍGUEZ, A. y NOGUERA DE LA MUELA, B.: *Comentarios al régimen municipal especial de Barcelona*, págs. 81-117. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- COLÁS TENAS, J. (2008): “El funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales: las sesiones”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 18, págs. 75-109.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (2011): “El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las diputaciones”, en *Anuario del Gobierno Local 2011*, págs. 45-67.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2014): *El estatuto jurídico de los concejales no adscritos*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- DE LA TORRE MARTÍNEZ, L. (2017): “De nuevo sobre los concejales no adscritos (a propósito de la sentencia del tribunal constitucional 151/2017, de 21 de diciembre)”, en *REALA Nueva Época*, núm. 9, págs. 110-127. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i9.10511>.
- DÍEZ SASTRE, S. (2004): “La elección directa del alcalde en Alemania”, en *Anuario del Gobierno Local 2004*, págs. 233-253.
- DÍEZ SASTRE, S. (2010): “Planta local y régimen municipal”, en VELASCO CABALLERO, F. (dir.); DÍEZ SASTRE, S.; GALÁN GALÁN, A. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (coords.): *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*, págs. 547-575. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autònoms.
- EMBED IRUJO, A. (1981): “Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal”, en *REDA*, núm. 30, págs. 437-470.
- ELIZALDE-SAN MIGUEL, B. (2018): “El envejecimiento en el mundo rural, ¿una oportunidad para cambiar las relaciones de género?”, en *Observatorio Social La Caixa*. Disponible en línea: <https://observatoriosocialla caixa.org/-el-envejecimiento-en-el-mundo-rural>.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2011): “La potestad local de autoorganización: contenido y límites”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, págs. 1.467-1.494. 3.ª edición.
- FONT I LLOVET, T. (2002): “Reforma básica y desarrollo del gobierno local: entre Estado y comunidades Autónomas”, en *Anuario del Gobierno Local 2002*, págs. 13-35.
- FONT I LLOVET, T. (2005): “Estado autonómico y gobierno local en el inicio de un nuevo ciclo”, en *Anuario de Gobierno Local 2005*, págs. 13-26.
- FONT I LLOVET, T. (2006): *El régimen local en la reforma de los Estatutos de Autonomía*. Madrid: FORO/CEPC.
- FONT I LLOVET, T. y GALÁN GALÁN, A. (2014): “Los retos actuales del Gobierno local: repolitización, diversificación e interiorización”, en *Anuario del Gobierno Local 2014*, págs. 11-42.
- FUERTES, M. (1991): “Los órganos municipales de carácter complementario” en *Documentación Administrativa*, núm. 228, págs. 167-186. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i228.5261>.
- GALÁN GALÁN, A. (2010): “El reparto del poder sobre los Gobiernos locales: Estatuto de Autonomía, Tribunal Constitucional e interiorización autonómica del régimen local”, en *Anuario del Gobierno Local 2010*, págs. 97-159.
- GARCÍA, M. J. (2011): “La elección directa del alcalde en el régimen local: justificación, alcance y repercusiones”, en *REDC*, núm. 91, págs. 205-258.
- GONZÁLEZ MEDINA, M. (2019): “El poder de las ciudades globales: análisis comparado de cuatro ciudades iberoamericanas”, en *Anuario de Derecho Municipal 2018*, núm. 12, págs. 195-218.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2003): “Política y administración en la reforma del gobierno local (un estudio sobre la forma de gobierno y la alta administración en los «municipios de gran población»)”, en *Anuario del Gobierno Local 2003*, págs. 71-106.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R. (2011): “Sobre las dificultades (fáctico-normativas) de implantación de la dirección pública profesional en los gobiernos locales”, en *Anuario de Derecho Municipal 2010*, págs. 167-194.
- MEDINA ALCOZ, LUIS (2010): “Italia” (epígrafes I, aps. 5.1.2, 5.2 y 6, II y IV), en VELASCO CABALLERO, F. (dir.); DÍEZ SASTRE, S.; GALÁN GALÁN, A. y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. (coords.): *Gobiernos locales en Estados federales y descentralizados: Alemania, Italia y Reino Unido*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut d’Estudis Autònoms.
- MONREAL BOSCH, P.; DEL VALLE GÓMEZ, A. y SERDA FERRER, B. (2009): “Los grandes olvidados: las personas mayores en el entorno rural”, en *Psychosocial Intervention*, vol. 8, núm. 3. Disponible en línea: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1132-05592009000300007](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592009000300007). DOI: <https://doi.org/10.5093/in2009v18n3a7>.
- MORELL OCAÑA, L. (2011): “Las provincias”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, págs. 1.563-1.598. Madrid: lustel. 3.ª edición.

- NAVARRO GÓMEZ, C. y SWEETING, D. (2015): “La elección directa de los alcaldes. Características, experiencias comparadas y el singular caso de los alcaldes quasi-directamente elegidos españoles”, en *Anuario de Derecho Municipal 2014*, págs. 106-126.
- NOGUEIRA MARTÍNEZ, D. (2012): “El ámbito de aplicación del estatuto legal de los representantes locales no adscritos”, en *Anuario de Derecho Municipal 2011*, núm. 5, págs. 63-96.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R. (2007): “La segunda descentralización: del Estado autonómico al municipal”, en *RAP*, núm. 172, págs. 9-77.
- PAREJO ALFONSO, L. (1991): “La potestad de autoorganización de la Administración Local”, en *Documentación Administrativa*, núm. 228, págs. 13-43. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i228.5255>.
- PAREJO ALFONSO, L. (2011): “La autonomía local en la Constitución española”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, págs. 47-210. Madrid: lustel. 3.ª edición.
- PAREJO ALFONSO, L. (2014): “Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno municipal”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 34, págs. 11-20.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2011a): “El régimen local en los nuevos Estatutos de Autonomía”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, págs. 253-285. Madrid: lustel. 3.ª edición.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2011b): “Las relaciones de control entre órganos municipales”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, págs. 903-921. Madrid: lustel. 3.ª edición.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. (2011c): “Régimen especial de cartas”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, págs. 1.615-1.642. Madrid: lustel. 3.ª edición.
- PANO PUEY, E. (2017): *Homogeneïtat i heterogeneïtat en la forma de govern municipal*. Tesis doctoral, Universidad de Barcelona. Disponible en línea: <https://www.tdx.cat/handle/10803/663731#page=1>.
- POMED SÁNCHEZ, L. (2010): “El régimen local de Cataluña tras la STC 31/2010: interiorización en los términos de la Constitución”, en *Anuario del Gobierno Local 2010*, págs. 69-95.
- PONS-PORTELLA, M. (2016): “La población mínima de los nuevos municipios: estado de la cuestión tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, en *REALA Nueva Época*, núm. 5, págs. 106-119. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i5.10353>.
- REBOLLO PUIG, M. (2008): “La supresión de los pequeños municipios: régimen, alternativas, ventajas e inconvenientes”, en *REALA*, núm. 308, págs. 151-206. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i308.9701>.
- RIDAO I MARTÍN, J. y GARCÍA I MARTÍNEZ, A. (2015): “La elección directa del alcalde por los vecinos. Criterios para un régimen presidencialista en los gobiernos municipales”, en *REALA Nueva Época*, núm. 3, págs. 77-93. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i3.10241>.
- RIVERO-YSERN, J. L. (2014): *Manual de Derecho Local*. Cizur Menor: Civitas. 7.ª edición.
- SALANOVA ALCALDE, R. (2011): *Manual sobre organización y funcionamiento de los municipios*. Cizur Menor: Civitas.
- SALAZAR BENÍTEZ, O. (2007): *El sistema de gobierno municipal*. Madrid: CEPC.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2011): “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de régimen local”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo I, págs. 337-389. Madrid: lustel. 3.ª edición.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (1982): “Notas sobre la sentencia de las Diputaciones provinciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 34, págs. 179-208.
- SIMÓN, P. (2014): “La elección directa de los alcaldes”, 3 de julio de 2014, en *Polítikon*. Disponible en línea: <https://politikon.es/2014/07/03/la-eleccion-directa-de-los-alcaldes/>.
- TAJADURA TEJADA, J. (2019): “El futuro de las provincias y las diputaciones provinciales ante una reforma de la Constitución territorial”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, págs. 229-256. DOI: <https://doi.org/10.5944/trc.43.2019.24409>.
- VELASCO CABALLERO, F. y DÍEZ SASTRE, S. (2008): “Sobre la forma de gobierno de Barcelona: régimen jurídico de las resoluciones administrativas del Consejo Municipal”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 17, págs. 49-69. Disponible en línea: <http://hdl.handle.net/10873/369>.
- VELASCO CABALLERO, F. (2009): *Derecho local. Sistema de fuentes*. Madrid: Marcial Pons.
- VELASCO CABALLERO, F. (2018): “El Derecho de las ciudades globales”, en *Anuario de Derecho Municipal 2017*, núm. 11, págs. 23-40.
- VELASCO CABALLERO, F. (2019): “El sistema del gobierno local”, en *Anuario del Gobierno Local 2019*.



## La prestación de los servicios públicos locales

### *The provision of local services by local entities*

Alejandro Huergo Lora

Universidad de Oviedo (España)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3159-7981>

ahuergo@uniovi.es

#### NOTA BIOGRÁFICA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Sus líneas de investigación se centran en el contencioso-administrativo, las sanciones administrativas y los contratos públicos.

---

#### RESUMEN

La prestación de servicios a los ciudadanos es una parte fundamental de la actividad de las entidades locales. La remunicipalización de servicios es una tendencia importante en los últimos años, a la vez que la legislación impone requisitos más estrictos para la asunción de nuevos servicios y para la gestión directa. El artículo revisa críticamente esos últimos desarrollos, especialmente el énfasis en controles procedimentales sobre las decisiones sobre la forma de gestión de los servicios, frente a otros sobre la calidad en la prestación de dichos servicios. También se analiza la imposición de condiciones relativas a la organización municipal o la prestación de servicios mediante colaboración entre distintas entidades locales.

#### PALABRAS CLAVE

Entidades locales; servicios públicos; concesiones; contratos.

---

#### ABSTRACT

The provision of services to citizens is a fundamental part of the activity of local entities. The remunicipalisation of services is an important trend in recent years, while the legislation imposes more stringent requirements for the assumption of new services and for direct management. The article critically reviews these latest developments, especially the emphasis on procedural controls on decisions about the way services are managed, compared to others on the quality of service provision. The imposition of conditions related to the municipal organization or the provision of services through collaboration between different local entities is also analyzed.

#### KEYWORDS

Local entities; public services; concessions; contracts.

#### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS ANTECEDENTES DE LA LBRL DE 1985. a) EL ESTATUTO MUNICIPAL DE 1924. b) LA LEGISLACIÓN LOCAL DE LOS AÑOS CINCUENTA: EL TARRL Y EL RSCL. c) LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN LA LBRL. d) LAS REFORMAS POSTERIORES.

3. PROBLEMAS Y TENDENCIAS ACTUALES. a) EXCESIVA TRASCENDENCIA DE LAS DECISIONES HISTÓRICAS, FRENTE AL EJERCICIO ACTUAL DE LAS COMPETENCIAS LOCALES. b) APLICACIÓN DE MECANISMOS DE CONDICIONALIDAD QUE AFECTEN A LA TOMA DE DECISIONES POR LAS ENTIDADES LOCALES. c) EXCESIVA CONCENTRACIÓN EN CONTROLES PROCEDIMENTALES, EN DETRIMENTO DE OTROS CONTROLES SOBRE EL EJERCICIO EFECTIVO DE LAS COMPETENCIAS Y EL NIVEL DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS. d) LA UTILIZACIÓN DE CONCESIONES DEMANIALES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS, ¿UN PUNTO CIEGO? e) EL SESGO A FAVOR DE LA CONTRACTUALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. f) LA COOPERACIÓN HORIZONTAL COMO FORMA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1-2</sup>

Mediante la prestación de los servicios públicos y el ejercicio de la iniciativa pública económica, las entidades locales llevan a cabo una actividad de provisión de bienes y servicios a los ciudadanos. De este modo van más allá de una función exclusivamente policial o de vigilancia, que es la que se deriva de buena parte de sus títulos competenciales. En este breve trabajo, en el que no tendría sentido una exposición general de las formas de gestión, me centraré en los problemas más actuales, derivados de los cambios que se han producido a lo largo de estos últimos cuarenta años de evolución del régimen local y, por lo que a este tema respecta, sobre todo en la última década<sup>3</sup>.

Si el TC definía la garantía institucional, en su sentencia 32/1981, y precisamente a propósito de la autonomía local, diciendo que la misma asegura «la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar», es difícilmente discutible que la prestación de servicios públicos forma parte de la imagen que tiene de los Ayuntamientos la conciencia social actual, y también, seguramente, que aunque esa imagen no exige que los Ayuntamientos presten los servicios públicos mediante gestión directa (la gestión indirecta se encuentra perfectamente asentada), tampoco admitiría que se excluyera esa forma de prestación de los servicios<sup>4</sup>.

Dicho esto, que supone un punto de partida pacífico, es necesario añadir que, aunque la arquitectura legal que se contiene actualmente en los artículos 85-86 de la LBRL es relativamente estable (de hecho, procede en buena medida del Estatuto Municipal de 1924), la prestación de los servicios públicos locales se

<sup>1</sup> El presente trabajo forma parte de las actividades del grupo de investigación “Derecho Administrativo”, de la Universidad de Oviedo, y se enmarca en el proyecto de investigación “GRUPIN IDI 2018-000202”, financiado por el Principado de Asturias.

<sup>2</sup> Abreviaturas: LBRL (Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local), LRJSP (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), LRSAL (Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local), RBEL (Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), RSCL (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955), LCSP (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), TARRL (Decreto de 24 de junio de 1955 por el que se aprueba el texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953), TC (Tribunal Constitucional), TRRL (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local), TS (Tribunal Supremo).

<sup>3</sup> Exposiciones sistemáticas que pueden encontrarse, por ejemplo, en MESTRE DELGADO, J. F. (2011): “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho municipal*, págs. 2.063-2.175. Madrid: Iustel, y, por mencionar una obra posterior a la reforma de 2013 de la LBRL: ORTEGA BERNARDO, J. (2017): “Servicios públicos e iniciativa económica local”, en VELASCO CABALLERO, F. (dir.): *Tratado de derecho económico local*, págs. 73-104. Madrid: Marcial Pons, y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. (2017): “Formas de gestión de los servicios públicos locales”, en la misma obra colectiva, págs. 105-152. Sobre la municipalización de servicios: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J. (1995): *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Madrid: Civitas. La cuestión ha sido abordada también en estudios sectoriales, sobre todo en el servicio público de abastecimiento de agua: vid. ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M. (2004): *El abastecimiento de agua en España*. Cizur Menor: Civitas.

<sup>4</sup> Una visión de conjunto del reconocimiento constitucional de la autonomía local, en VELASCO CABALLERO, F. (2019): “Artículo 140. La autonomía municipal”, en CASAS BAHAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, vol. II., págs. 1.018-1.034. Madrid: BOE. El autor apunta, respecto a ese juicio de «reconocibilidad» que es parte del funcionamiento de la garantía institucional, que «solo es propiamente funcional en supuestos extremos: allí donde la ley prácticamente elimina la autonomía local», mientras que «fuera de supuestos extremos, como el descrito, el juicio constitucional de “reconocibilidad institucional” resulta inadecuado en relación con normas de alcance limitado que ordenan la organización o el funcionamiento sectorial de las entidades locales» (pág. 1.021).

ha convertido en uno de los aspectos del régimen local más problemáticos en la práctica, como lo prueban sentencias recientes muy significativas<sup>5</sup>.

Las incertidumbres obedecen a dos movimientos sucesivos de signo contrario. El primero de ellos es el producido por una serie de reformas legislativas entre las que destaca (sin ser la única) la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). Estas reformas van en la línea de limitar la acción de los entes locales y, en particular, la gestión directa de los servicios públicos, y lo hacen con la finalidad o justificación de garantizar la eficiencia en el gasto y la sostenibilidad de las finanzas locales.

El otro movimiento, de signo opuesto, es el de «municipalización», impulsado por bastantes Ayuntamientos tras las elecciones locales de 2015. Un movimiento, como es obvio, limitado a algunas entidades, y que, como se ha observado hasta la saciedad, no en todos casos puede denominarse propiamente «municipalización»<sup>6</sup>, puesto que normalmente no consiste en la *publicatio* de nuevos servicios<sup>7</sup>, sino en el paso a la gestión directa de los mismos, bien sea con motivo de la finalización del plazo de una concesión o con rescate de la misma<sup>8</sup>.

Ninguno de estos dos movimientos es exclusivo de España. Ambos se han dado en otros países europeos en el entorno de la crisis económica posterior a 2008<sup>9</sup>.

No hay que olvidar que, previamente, y a partir de los años 90, se produjeron movimientos empresariales muy importantes con la asunción por concesionarios de una cuota de mercado significativa en la prestación de servicios públicos (políticas de «privatización» de los servicios, seguidas por un amplio número de Ayuntamientos a partir de los años 90), a la que siguió la formación de grandes empresas del sector (que normalmente combinan la actividad concesional y la construcción), que son las que después se han visto expuestas a los intentos de «municipalización»<sup>10</sup>.

Para entender en qué mecanismos de la regulación jurídica de los servicios locales se producen los conflictos que acabamos de describir, y cuáles son las tensiones o equívocos que los mismos han puesto al descubierto, se hace imprescindible repasar brevemente los orígenes de esa regulación.

<sup>5</sup> Por mencionar algunas decisiones recientes, véase el caso “Aguas de Valladolid”, resuelto, al menos en segunda instancia, por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid de 21 de mayo de 2019 (recurso de apelación 339/2018), o el caso “Aguas de Barcelona”, resuelto por el Tribunal Supremo en cuatro sentencias iguales de 20 de noviembre de 2019 (recursos de casación 1.430, 1.434, 1.435 y 1.437/2016). También son destacables la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 9 de Barcelona de 4 de abril de 2019 (recurso contencioso-administrativo 444/2016, resolución de la concesión para el abastecimiento de agua en Tarrasa), la sentencia del TS de 23 de febrero de 2015 (recurso de casación 595/2013, “Aguas de León”), o la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 1 de junio de 2017 (recurso de apelación 312/2014, “servicio de agua de Santa Pau”).

<sup>6</sup> Lo explica con claridad TORNOS MAS, J. (2016): “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 32-49. esp. pág. 32: «Después de muchos años en los que se fueron ampliando los servicios públicos de carácter local, y se fue imponiendo su gestión indirecta a través de diversas fórmulas de colaboración público-privada, recientemente se va imponiendo la idea de que la gestión de los servicios públicos locales debe volver a manos públicas. En definitiva, esto es lo que significa la nueva palabra de moda, remunicipalización. Con este concepto se trata de dar nombre a la recuperación de la gestión de muchos servicios locales, que se vienen prestando a través de fórmulas de gestión indirecta, a favor de la gestión directa. Por ello, en puridad es más preciso referirse a esta práctica con el nombre de la “reinternalización” de los servicios públicos locales, pues la modificación del modo de gestión para imponer un modo de gestión directa no supone en ningún caso una nueva municipalización».

<sup>7</sup> En alguna ocasión el conflicto se plantea como inactividad administrativa ante la petición popular de que se municipalice un servicio que se venía prestando por un particular sobre la base de una concesión administrativa (parece que demanial): sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 1 de junio de 2017 (recurso de apelación 312/2014, “servicio de agua de Santa Pau”).

<sup>8</sup> Como ejemplo de los problemas que plantea la decisión de rescate, puede citarse la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 9 de Barcelona de 4 de abril de 2019 (recurso contencioso-administrativo 444/2016, resolución de la concesión para el abastecimiento de agua en Tarrasa). En algunas sentencias también recientes, se alega por los concesionarios un ejercicio desviado de la potestad de resolver el contrato por incumplimiento, o la de imponer penalidades al concesionario por incumplimiento del contrato, al tener el Ayuntamiento la intención de municipalizar el servicio: sentencia de 20 de mayo de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña (recurso de apelación 249/2016): «según sostiene la apelante, en el mes de julio de 2012 el Ayuntamiento convino con la concesionaria de la obra la resolución de la concesión administrativa, para acordar, el mismo mes, la creación de un servicio municipal de aparcamiento subterráneo, cuyo Reglamento sería publicado en el BOP de Barcelona de 4 de marzo de 2013. De modo que, coincidiendo en el tiempo la llamada municipalización del servicio y la incoación de distintos expedientes de contenido paragonable al de autos [ejecución de la garantía por incumplimiento del contrato], se revelaría inequívoca la voluntad municipal de usar la potestad aquí actuada a los fines de sufragar los costes de aquella calificada de municipalización del servicio».

<sup>9</sup> Sobre estas experiencias comparadas, ESTEVE PARDO, J. (2017): “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, págs. 4-11.

<sup>10</sup> El aumento de la privatización (gestión indirecta) de servicios en los años 90 puede comprobarse empíricamente, por ejemplo, en los datos que aporta BEL I QUERALT, G. (2002): “Privatización de servicios locales: algunas implicaciones sobre la tasa de usuarios y el presupuesto”, en *Análisis Local*, núm. 45, págs. 45-58.

## 2. LOS ANTECEDENTES DE LA LBRL DE 1985

### a) El Estatuto Municipal de 1924<sup>11</sup>

En el marco de las tendencias internacionales y en consonancia con la visión municipalista que informa este cuerpo normativo, el Estatuto abre la vía a la municipalización de servicios, expresamente incluida dentro de las competencias exclusivas de los Ayuntamientos (artículo 150, número 6)<sup>12</sup>.

La asunción por el Ayuntamiento de la gestión (directa o indirecta) del servicio tiene distintos requisitos en función del servicio de que se trate. El artículo 169 establece que «[l]os Ayuntamientos podrán administrar y explotar *directamente* los servicios municipales *obligatorios*, y podrán también con arreglo a lo preceptuado en esta Sección, municipalizar los que no tengan este carácter». Por lo tanto, la municipalización sólo es precisa para asumir y prestar los servicios que no sean obligatorios, mientras que los servicios obligatorios pueden ser administrados y explotados «directamente» por los Ayuntamientos, es decir, sin necesidad de municipalización. Son servicios obligatorios, por ejemplo, «el suministro, diligencia y protección de aguas potables, de pureza bacteriológica garantizada» [artículo 201.a)], «la evacuación, en condiciones higiénicas, de las aguas negras y materias residuales» [artículo 201.b)], «construir cementerios públicos de su propiedad» (artículo 203), o los servicios de «mataderos y mercados» (artículo 216, apartado 7.º).

La municipalización no puede referirse a cualquier servicio, sino que se establecen unos requisitos materiales básicos en el artículo 169: que el servicio «tenga carácter general», que «sea de primera necesidad», «que pueda prestarse predominantemente dentro del término municipal» y «que redunde en beneficio directo o indirecto de una parte considerable de los habitantes del municipio». Varios de estos requisitos apuntan, sin mencionarlo, al concepto de servicio público.

A su vez, la municipalización puede ser «con carácter de monopolio» o sin él (artículo 170). Sólo pueden municipalizarse con monopolio «los servicios de abastecimiento de aguas, electricidad, gas, alcantarillado, limpieza de calles y recogida y aprovechamiento de residuos domiciliarios, mataderos, mercados, cámaras frigoríficas, hornos y panaderías, pompas fúnebres y conducción de cadáveres, tranvías y ferrocarriles urbanos, suburbanos o interurbanos, hasta una distancia de 40 kilómetros, a contar desde el límite de la población, teléfonos y todos los que se determinen por el Gobierno, a petición de cualquier Ayuntamiento, y previo informe del Consejo de Estado en pleno»<sup>13</sup>.

Tanto en uno como en otro caso, la municipalización es una decisión municipal sometida a un procedimiento gravoso, en el que es destacable cómo la voluntad popular puede en ciertos casos imponerse al propio Ayuntamiento. Así, la iniciación o aprobación inicial puede adoptarla el Ayuntamiento o, en su defecto, el 5% de los electores<sup>14</sup>.

A continuación se redacta una Memoria por una Comisión formada paritariamente por concejales y técnicos ajenos al Ayuntamiento<sup>15</sup>. La Memoria debe analizar, entre otras cosas, el coste del servicio, teniendo en cuenta que, con carácter general, se parte de que el mismo debe sostenerse con las tarifas que abonen los usuarios<sup>16</sup>. La Memoria constituye una suerte de informe preceptivo pero

<sup>11</sup> Sobre la evolución histórica de la municipalización de servicios, *vid.* MAGALDI MENDAÑA, N. (2012): *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*. Madrid: INAP.

<sup>12</sup> Una competencia exclusiva que lo es «sin perjuicio» de las competencias de otras Administraciones de ámbito superior, como establece el artículo 151, que afirma que «[l]a competencia municipal no será obstáculo para la de los institutos y servicios análogos a los municipales dependientes del Estado, de las Regiones o de las Provincias».

<sup>13</sup> Algunos de estos servicios, como los de abastecimiento de aguas, alcantarillado, limpieza viaria o mataderos y mercados, están calificados legalmente como servicios obligatorios, de modo que con arreglo al artículo 169 los Ayuntamientos podrían administrarlos y explotarlos directamente, sin necesidad de previa municipalización.

<sup>14</sup> «Acuerdo del Ayuntamiento pleno sobre la oportunidad y conveniencia de la municipalización, o en su defecto, petición formulada por una vigésima parte de los electores» (artículo 171.1.1.º).

<sup>15</sup> «Estudio del asunto por una Comisión formada por tres Concejales y tres personas técnicas ajenas al Ayuntamiento, designadas por las Corporaciones de la localidad inscritas en el censo electoral municipal. La Comisión redactará una Memoria en que se estudien el aspecto técnico, financiero, jurídico y social del servicio, con mención expresa de las dificultades del período de adaptación y transición. Se acompañarán a la Memoria los planos y proyectos necesarios, así como un presupuesto detallado del coste de primer establecimiento y de la cuantía probable de los gastos e ingresos de explotación, con arreglo a la organización que se proponga y a las tarifas que se estime oportuno aplicar» (artículo 171, 2.º).

<sup>16</sup> «Las tarifas deberán ser suficientes para cubrir los gastos de explotación, el servicio de intereses y amortización de capital, y las reservas y amortizaciones que convenga hacer, según la naturaleza y condiciones de cada una de las partidas del

no vinculante, y, de hecho, no es necesario que concluya proponiendo que se adopte o se rechace la municipalización.

La municipalización exige el voto favorable de dos terceras partes del número legal de miembros del Ayuntamiento, según el artículo 171.3.º, que añade que «[s]i el acuerdo es denegatorio, deberá razonarse». Existe una sensible rigidez a favor del mantenimiento del *statu quo*, puesto que ese mismo cuórum también es necesario para revocar la municipalización una vez aprobada (artículo 176.2.º). Curiosamente, la Memoria no sólo no es vinculante, sino que ni siquiera es obligatorio motivar el acuerdo cuando sea de signo contrario a la misma, puesto que sólo se exige motivar (y en todo caso, es decir, con independencia del contenido de la Memoria) el acuerdo denegatorio.

El acuerdo de municipalización se somete a referéndum «cuando la municipalización haya de implicar monopolio en servicios no obligatorios, o el acuerdo del Ayuntamiento fuere contrario a la petición de aquéllos, o se considere que el servicio monopolizado que no sea obligatorio sólo ha de poder subsistir a base de un aumento de carga para el presupuesto municipal, que exceda del 2 por 100 del total de gastos ordinarios anuales en el ejercicio corriente. Sin embargo, cuando se trate de municipalización con monopolio, acordada por el voto favorable de cuatro quintos de los Concejales, y cuyo gasto anual no haya de exceder de una cifra igual al 3 por 100 del presupuesto municipal de gastos del ejercicio corriente, ni exija capital de primer establecimiento superior al 15 por 100 de la propia cifra, bastará el acuerdo del Ayuntamiento para su efectividad» (artículo 171.4.º). Por tanto, se someten a referéndum las municipalizaciones que se consideran más gravosas desde el punto de vista jurídico (municipalización con monopolio de servicios no obligatorios) o económico (por la carga para el presupuesto municipal). El referéndum puede impedir que entre en vigor la municipalización ya acordada por el Pleno, pero sólo puede producir el efecto contrario (imponer la municipalización frente a la voluntad del Pleno) cuando el inicio del procedimiento de municipalización haya sido una petición popular.

Hay que destacar que, salvo en el caso de los servicios obligatorios, es obligatoria la gestión indirecta, debiendo seleccionarse al contratista mediante subasta o concurso (artículos 173 y 174).

## b) La legislación local de los años cincuenta: el TARRL y el RSCL

En el TARRL de 1955, la municipalización es el requisito necesario para la explotación de servicios *mediante gestión directa*. Esa municipalización puede hacerse sin monopolio y con monopolio (artículo 164), estando limitada la municipalización con monopolio a «los servicios de abastecimiento de agua, electricidad, gas, recogida y aprovechamiento de basuras, alcantarillado, lonjas, mercados, mataderos, cámaras frigoríficas, pompas fúnebres, y los de autobuses, tranvías, trolebuses, ferrocarriles y demás medios de transporte dentro del término municipal, así como el servicio de estaciones de autobuses» (artículo 166.1). En los municipios de más de 10.000 habitantes se permite también la municipalización de mercados mayoristas, mientras que la municipalización de otros servicios requiere autorización del Consejo de Ministros (artículo 166.3).

El procedimiento es similar al regulado en el Estatuto de 1924, aunque sin participación popular. Se mantiene la creación, tras la aprobación inicial, de una Comisión de estudio «compuesta por Concejales y por personal técnico», que elaborará una Memoria. El acuerdo de aprobación definitiva requiere «el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho, y en todo caso de la mayoría absoluta legal de miembros de la Corporación» (artículo 303, en relación con el 168), así como la aprobación final del Ministerio de la Gobernación (artículo 169).

Los servicios municipalizados pueden prestarse por gestión directa de distintas formas (artículo 172).

Parece claro que, aunque esta legislación mantiene la figura de la municipalización y buena parte de la regulación relativa a la tramitación del expediente, su ámbito ha cambiado. En el Estatuto Municipal de 1924, la municipalización era requisito necesario para la prestación por el Ayuntamiento, mediante gestión directa o indirecta, de los servicios no obligatorios, mientras que en la legislación de 1955 la municipalización era necesaria para poder prestar los servicios *mediante gestión directa*. Se conserva, como hemos visto, buena parte de la regulación (incluidos los aspectos procedimentales más menudos, como la comisión técnica paritaria), aunque cambia uno de los elementos más importantes, como es la finalidad del propio procedimiento de municipalización.

---

activo. Exceptúanse de esta prescripción los servicios que, por su naturaleza, deban ser gratuitos para el vecindario» (artículo 171, 2.º).

### c) La prestación de servicios públicos locales en la LBRL

En la redacción original de la LBRL, vemos claramente las huellas de la legislación anterior, que por ello hemos repasado brevemente, y a la vez algunas cuestiones poco claras<sup>17</sup>.

En primer lugar, y por lo que respecta a la determinación de cuáles sean los servicios (sobre los que después habrá que ver cuáles son las formas de gestión y si es necesaria, en su caso, la municipalización), se manejan tres conceptos no completamente delimitados:

- En primer lugar, son «servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales» (artículo 85.1).
- Por otro lado, las entidades locales «podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución». Todo indica que esta iniciativa pública puede tener por objeto cualquier clase de actividad, aunque no recaiga sobre una de las materias en que las entidades locales deben ejercer competencias<sup>18</sup>. Precisamente ésa sería la diferencia con los servicios públicos locales<sup>19</sup>.
- En tercer lugar, tenemos la relación de «actividades o servicios esenciales» reservados en favor de las entidades locales, que en la primera redacción del artículo 86.3 eran el «abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios». Esta lista podía ser incrementada mediante Ley por el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias.

La regulación del procedimiento de municipalización aparece en el artículo 86.2, referido a los supuestos de ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica, si bien el apartado 3 del mismo artículo lo extendía al menos a los supuestos de ejercicio *con monopolio* de actividades reservadas, supuesto en el que era precisa, además, «la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma».

No queda claro (aunque probablemente la cuestión es de limitado interés práctico) si es necesario el expediente de municipalización para el ejercicio *sin monopolio* de actividades de servicio público (es decir, sobre las que los entes locales ostenten competencias, lo que sirve para distinguirlas del mero ejercicio de la iniciativa pública económica). El artículo 97 TRRL desarrolla el procedimiento, en términos similares al procedimiento de municipalización en la legislación anterior, y parece dar a entender que es aplicable al ejercicio de «actividades económicas» en sentido amplio, incluyendo tanto los servicios locales (es decir, los que se corresponden con competencias de las entidades locales) como las actividades económicas que se realizan sin otro título que el ejercicio de la iniciativa pública económica.

No se establece ningún criterio vinculante para la elección de la forma de gestión de los servicios o actividades económicas (artículo 85.2).

### d) Las reformas posteriores

En 1996, se eliminó la referencia a los servicios mortuorios en el artículo 86.3, lo que supone que ya no pueden ser asumidos *con monopolio* por los Ayuntamientos<sup>20</sup>. En el mismo sentido, la Ley 34/1998 de 7 de octubre, deroga la referencia al «suministro de gas», que tampoco puede ser ya asumido en régimen de monopolio por las entidades locales. La Ley 27/2013, de 27 de diciembre elimina de esta relación los «mataderos y lonjas centrales».

Pero la Ley 27/2013 introduce, sobre todo, más límites sustantivos y procedimentales a la decisión de municipalizar un servicio o actividad económica en general, es decir, la decisión de gestionarlo por el Ayuntamiento de forma directa o indirecta.

Así, el ejercicio de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas se condiciona a que «esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera

<sup>17</sup> Una visión sintética de la municipalización de servicios, con referencia al caso más discutido en la práctica (el de agua), en MUÑOZ MACHADO, S. (2018): "El agua en la ciudad", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 76, págs. 4-15.

<sup>18</sup> Como dice el artículo 96 TRRL, «[l]a iniciativa de las Entidades locales para el ejercicio de actividades económicas, cuando lo sea en régimen de libre concurrencia, podrá recaer sobre cualquier tipo de actividad que sea de utilidad pública y se preste dentro del término municipal y en beneficio de sus habitantes».

<sup>19</sup> Vid. ORTEGA BERNARDO, J. (2017): "Servicios públicos e iniciativa económica local", *cit.*, págs. 83 y sigs.

<sup>20</sup> Art. 23 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio.

del ejercicio de sus competencias». El cumplimiento de esta condición se concreta en que «[e]n el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial». Esta última referencia a «los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial» va más allá de la preocupación por el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera, porque más bien supone una prevención ante el riesgo de que el ejercicio de actividades económicas por la entidad local perjudique a los competidores.

Por otro lado, la elección entre la gestión directa y la indirecta ya no es libre, sino que los servicios «habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación», lo que significa que esos criterios serán vinculantes para la opción entre la gestión directa y la indirecta, así como, en ambos casos, para elegir la forma concreta de gestión.

Y no sólo se ha introducido esa exigencia que antes no existía, sino que, dentro de la gestión directa, se establece una preferencia por las formas de prestación que no suponen aplicación del Derecho privado (es decir, la gestión «por la propia Entidad local» y mediante «organismo autónomo local»), frente a las formas que conllevan la aplicación, en mayor o menor medida, del Derecho privado («entidad pública empresarial local» y «sociedad mercantil local»), puesto que sólo es posible hacer uso de estas últimas «cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes». Por si hubiese alguna duda acerca de la forma de interpretar estos conceptos, o tentación de hacerlo en términos (no sólo) económicos, apelando, por ejemplo, a conceptos como «eficiencia social», etc., se especifica que «se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión».

Parece que el legislador considera que la utilización de formas de gestión que conllevan la aplicación del Derecho privado es algo negativo que sólo se justifica en la medida en que sea más sostenible y eficiente. Esto se desprende claramente de que sólo es necesario justificar esa «superior» sostenibilidad y eficiencia cuando se opta por la entidad pública empresarial o la sociedad mercantil, pero no cuando se elige la gestión directa por la propia entidad local o el organismo autónomo. No parece que las dos primeras fórmulas (entidad pública empresarial o sociedad mercantil) tengan que ser menos sostenibles o eficientes (más bien parece lo contrario, porque la actuación según procedimientos administrativos tiene un coste), lo que parece que es que el legislador piensa que la actuación en régimen de Derecho privado es más peligrosa y por ello exige argumentos adicionales (ventajas en términos de sostenibilidad y eficiencia) para admitirla.

Resulta igualmente muy significativa, y muestra de una marcada desconfianza, la previsión de que «deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados» (artículo 85.2). El legislador tiene claro que la decisión política de optar por la gestión directa y, más concretamente, dentro de ella por las formas que incluyen la utilización del Derecho privado, necesita «vestirse» con un informe, que es lo que en el fondo permite superar la exigencia legal de demostrar la superioridad de esa forma frente a las demás, en términos de sostenibilidad y eficiencia, y que con frecuencia el informe será externo. El precepto citado facilita la crítica al informe, obligando a ponerlo de manifiesto (algo que sería obligado en todo caso).

### 3. PROBLEMAS Y TENDENCIAS ACTUALES

Un repaso de la jurisprudencia reciente muestra que estos requisitos, básicamente procedimentales, que el legislador ha establecido para el ejercicio de actividades económicas y, en particular, para la gestión directa, son el punto de apoyo de buena parte de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra decisiones administrativas de «municipalización»<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> Así ocurre, por ejemplo, en los casos “Aguas de Valladolid” y “Aguas de Barcelona”, mencionados *supra*. También, por ejemplo, en el caso “San Hilari de Sacalm”, resuelto por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 28 de enero de 2015 (recurso de apelación 580/2011), en la que es decisivo el incumplimiento de los requisitos del expediente de establecimiento del servicio. Sobre la primera sentencia, *vid.* las observaciones de CARRO MARINA, M. (2019): “Municipalizaciones y remunicipalizaciones”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 81, págs. 4-11.

En el mismo sentido, en el caso resuelto por la sentencia de 3 de abril de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla (Sección 3.ª) del TSJ de Andalucía (recurso de apelación 464/2016), en el que se impugnaba la adquisición por el Ayuntamiento de las acciones de la sociedad anónima titular de un campo de golf, se alegaba por los recurrentes que se debería haber tramitado el

### a) Excesiva trascendencia de las decisiones históricas, frente al ejercicio actual de las competencias locales

Como hemos visto, las reformas introducidas en la LBRL en 2013 se centran en acumular requisitos procedimentales para el ejercicio por parte de los entes locales de la potestad, que siguen teniendo, de asumir la gestión de servicios o, en general, el ejercicio de iniciativa pública económica. En el fondo, la reserva supone añadir una específica obligación de motivar. En el expediente de municipalización, hace falta acreditar «que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial» (artículo 86.1). En ese mismo expediente, al elegir la forma de gestión es necesario acreditar que es «la forma más sostenible y eficiente». Y, si se opta por la gestión directa y, dentro de ella, por la entidad pública empresarial o la sociedad mercantil, es necesario acreditar «mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b) [gestión directa interna y organismo autónomo], para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión».

No se puede decir que se trate de requisitos «meramente» formales o procedimentales, porque, aunque deben cumplirse en una fase procedimental concreta, y no afectan al contenido del acto (una misma decisión puede ser conforme a derecho si está bien motivada, y no serlo, en ausencia de dicha motivación), van más allá de lo formal, puesto que el recurrente puede discrepar de la motivación que da la Administración, de modo que, aunque se haya incorporado al expediente un informe que acredite los extremos requeridos, se puede intentar demostrar en un proceso judicial que no está asegurada la sostenibilidad, o que la forma de gestión elegida no es la más sostenible y eficiente, puesto que se trata de conceptos legales indeterminados, aunque dotados de un margen, ciertamente amplio, de apreciación. Con todo, no parece que el legislador haya querido que la Administración aprecie discrecionalmente si se cumplen, o no, esos requisitos. Más bien parece lo contrario, es decir, que el legislador ha querido sustituir la discrecionalidad de que antes disfrutaba la Administración por esta vinculación, más o menos mitigada en la práctica.

Aunque podría decirse que las entidades locales siempre han estado obligadas a optar por la forma de actuación más eficiente (artículo 103.1 CE), lo que de algún modo incluye todas esas directrices ahora incluidas en los artículos 85 y 86 LBRL, lo cierto es que el legislador ha introducido una determinada dirección u orientación en la toma de la decisión, puesto que es necesario acreditar la sostenibilidad y eficiencia para crear una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil, pero no para optar por otras formas de gestión (y, por supuesto, es necesario acreditar esos requisitos para el ejercicio de iniciativa pública económica o la municipalización de servicios, no para no hacerlo o para interrumpir esa actividad)<sup>22</sup>.

Me parece discutible que el control se concentre en las decisiones que se adopten ahora, en lugar de buscarse fórmulas que también permitan revisar el estado general de la gestión de los servicios públicos, aunque la decisión sobre la forma de gestión se haya adoptado en el pasado, cuando los requisitos para la municipalización o para la gestión directa eran otros. Se produce una asimetría en el régimen jurídico, puesto que un mismo hecho o una misma decisión pasa a tener unos requisitos mucho más estrictos que los que antes se exigían. Es algo parecido a lo que sucede, por ejemplo, con los entes locales de ámbito territorial de ámbito inferior al municipio, que sólo tendrán personalidad jurídica si fueron creados antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2013 (o se hubiera iniciado el procedimiento para su constitución antes del 1 de enero de 2013) y cumplen los requisitos económicos establecidos en la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> de dicha Ley, mientras que si el ente se crea con posterioridad a esa entrada en vigor ya no podrá adquirir personalidad jurídica (artículo 24 *bis* de la LBRL). Es normal que los cambios normativos generen situaciones «a extinguir», es decir, supuestos en que conviven individuos, entes o actos a los que se han exigido unos determinados

---

expediente de municipalización, aunque la sentencia rechazó el argumento. En idénticos términos se pronuncia la sentencia de 30 de marzo de 2017 del mismo tribunal (recurso de apelación 642/2016).

<sup>22</sup> En sentido análogo, GAMERO CASADO, E. (2019) viene a sostener que estos criterios no es que fuesen vinculantes con anterioridad, sino más bien que deberían extenderse a todas las Administraciones y a todas las decisiones sobre forma de gestión de los servicios públicos, en «Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales», *RGDA*, núm. 52, pág. 23.: «En mi opinión, deberían remediarse estas limitaciones y en su virtud, y tomando en consideración los criterios anteriormente apuntados para la determinación de la forma idónea de prestación de los servicios públicos, que los instrumentos articulados en el art. 85.2 A) p.º 2.º LRBL y en los arts. 91 y 92 LRJSP, sean vinculantes para todas las Administraciones públicas ante cualquier decisión relativa a la forma de gestión de los servicios públicos. A partir de ahí se debería proceder a una completa reordenación del sector público, acomodando la forma de personificación de cada entidad con arreglo a un análisis racional mediante la aplicación de los factores y criterios anteriormente apuntados en este trabajo».

requisitos, con otros idénticos a los que, por razones cronológicas, no se les exigieron (o a la inversa). Pero normalmente se trata de situaciones privadas, destinadas a desaparecer más o menos rápidamente, mientras que aquí hablamos de Administraciones Públicas y de decisiones que pueden perdurar durante mucho tiempo. De ahí que, sin perjuicio del respeto a situaciones que afectan a terceros y que por lo tanto han de respetarse durante su plazo de vigencia (sobre todo, los contratos ya celebrados), sería más razonable establecer mecanismos de revisión periódica de las formas de gestión y no sólo controles puntuales en el momento de decidir la municipalización y la elección de una determinada forma de gestión.

Esos mecanismos estaban previstos incluso en el Estatuto Municipal de 1924 (que obligaba a cambiar la forma de gestión hacia una indirecta, cuando se superaban un determinado nivel de pérdidas), manteniéndose en el artículo 98 del RSCL<sup>23</sup>, y se encuentran actualmente en la LRJSP, en la regulación de los entes instrumentales, aunque, en este caso, si bien el artículo 81.2 establece esa obligación de revisión permanente para el sector público institucional de todas las Administraciones Públicas, el grueso de la regulación sólo se aplica al sector público estatal (artículo 85)<sup>24</sup>.

## b) Aplicación de mecanismos de condicionalidad que afectan a la toma de decisiones por las entidades locales

El campo que ahora estamos analizando está muy relacionado con la configuración del sector público de las entidades locales. En él se ha aplicado con fuerza, en los años de la crisis económica iniciada en 2008, la técnica de la condicionalidad en las relaciones entre Administraciones Públicas, que en España resulta paradójica y necesitada de una importante labor de análisis y construcción jurídica, en la medida en que se opone a reglas básicas como las explicitadas por el TC en su sentencia 13/1992, es decir, la regla –no revisada formalmente con posterioridad– de que «el poder de gastar no constituye un título atributivo de competencias, de modo que el ejercicio de competencias estatales anejo al gasto o a la subvención sólo se justifica en los casos en que, por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención la Constitución o los Estatutos de Autonomía hayan reservado al Estado la titularidad de las competencias»<sup>25-26</sup>. Aunque aquí no

<sup>23</sup> El artículo 98 RSCL establece los supuestos de cese de las municipalizaciones o provincializaciones, entre los que se incluye «resultar más desventajoso para los usuarios que el régimen de libre iniciativa privada o el de gestión indirecta», o «[c]omo consecuencia de pérdidas que reduzcan el capital a su tercera parte».

<sup>24</sup> El artículo 81.2 dispone que «[t]odas las Administraciones Públicas deberán establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción».

En el caso de las entidades del sector público estatal, el artículo 85 concreta este mecanismo en el control de eficacia del Departamento al que estén adscritos y la supervisión continua del Ministerio de Hacienda a través de la Intervención General de la Administración del Estado. Esos controles verifican, entre otras cosas, «[l]a subsistencia de las circunstancias que justificaron su creación», «[s]u sostenibilidad financiera», «[l]a concurrencia de la causa de disolución (...) referida al incumplimiento de los fines que justificaron su creación o que su subsistencia no resulta el medio más idóneo para lograrlos», y los resultados de la supervisión «se plasmarán en un informe sujeto a procedimiento contradictorio que, según las conclusiones que se hayan obtenido, podrá contener recomendaciones de mejora o una propuesta de transformación o supresión del organismo público o entidad». Criterios muy similares a los que se encuentran en los artículos 85 y 86, LBRL, sólo que no se aplican exclusivamente en el momento de la toma de decisión, sino durante toda la extensión temporal de sus efectos. El artículo 85 bis LBRL establece, para los entes instrumentales de Derecho público de las entidades locales (organismos autónomos y entidades públicas empresariales) un «control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos», sin más desarrollo.

<sup>25</sup> «[E]l problema constitucional que se nos plantea en los presentes recursos es bajo qué forma, condiciones y requisitos el Estado puede consignar en sus Presupuestos Generales de cada año recursos financieros destinados a ámbitos de actuación cuya competencia material ha sido asumida por las Comunidades Autónomas. Pues si –como resulta de la doctrina de este Tribunal– el poder de gastar no constituye un título atributivo de competencias, de modo que el ejercicio de competencias estatales anejo al gasto o a la subvención sólo se justifica en los casos en que, por razón de la materia sobre la que opera dicho gasto o subvención la Constitución o los Estatutos de Autonomía hayan reservado al Estado la titularidad de las competencias, es claro que el Estado, mediante el ejercicio del poder legislativo presupuestario, no dispone de un poder general para subvenciones (gasto público) entendido como poder libre o desvinculado del orden competencial. El poder de gasto o subvencional es siempre un poder instrumental que se ejerce “dentro”, y no “al margen”, del orden de competencias y de los límites que la Constitución establece y entre ellos el del respeto a la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas que reconocen y garantizan los arts. 2, 137 y 156 CE. No puede, por tanto, el Estado, usando su poder de gasto en materia de subvenciones, condicionar o mediatizar el ejercicio por las Comunidades Autónomas de sus propias competencias (su autonomía política y financiera) de modo tal que convierta, de hecho, su poder de gastar en un poder para regular la materia al margen del reparto competencial establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía» (FJ 6). Me remito a los fundamentos jurídicos posteriores de esta sentencia, en los que se expone de forma didáctica y modélica esta idea. La jurisprudencia constitucional posterior no ha rectificado esta doctrina, a la que se ha referido recientemente, en las sentencias 87 y 88/2019.

<sup>26</sup> El problema de la condicionalidad como título de intervención de una Administración Pública sobre otra diferente se plantea en distintos ámbitos y no ha sido objeto de suficiente reflexión. Sobre su aplicación a la financiación de las Universidades

estamos hablando de subvenciones en sentido estricto, existe identidad de razón para aplicar esta doctrina constitucional, porque también tenemos disposiciones financieras en favor de otra Administración motivadas en la mejor situación financiera del Estado y no en otra competencia sustantiva diferente.

La reforma y reestructuración del sector público de las entidades locales (que es la preocupación que late en los cambios normativos sobre las formas de gestión de los servicios públicos) no comenzaron con la Ley 27/2013, sino que el trabajo ya estaba hecho en buena medida a través de la «condicionalidad» a la que se sometieron las ayudas financieras del Estado destinadas a aliviar la deuda de las entidades locales, sobre todo la deuda comercial a través del denominado «plan de pago a proveedores». Es en ese momento cuando se introduce en nuestro ordenamiento ese término poco afortunado de la «condicionalidad» (podemos hablar de anglicismo procedente de la jerga de los préstamos y «rescates» internacionales)<sup>27</sup>.

Esa «condicionalidad» no se aplica únicamente a las entidades locales como contrapartida del plan de pago a proveedores y de las medidas de apoyo a entidades locales con problemas financieros (Real Decreto-Ley 8/2013, de 28 de junio), sino también a las comunidades autónomas como condición para el acceso a la financiación ofrecida por el Fondo de Liquidez Autonómica (FLA)<sup>28</sup>. En aplicación de las potestades concedidas a la Administración del Estado, distintas normas han impuesto a las comunidades autónomas, por ejemplo, objetivos en materia de administración electrónica que van más allá de lo exigido por la legislación

---

públicas, *vid.* AMOEDO SOUTO, C. A. (2018): «Infrafinanciación cronificada, condicionalidad financiera y autonomía universitaria. Notas para un abordaje jurídico», en LÓPEZ RAMÓN, F.; RIVERO ORTEGA, R.; FERNANDO PABLO, M. (coords.): *Organización de la Universidad y la ciencia*, págs. 163-174. Madrid: INAP, donde pone de relieve la excesiva remisión del legislador a los respectivos Gobiernos en el configuración de las condiciones, un problema que también se plantea en relación con las entidades locales.

<sup>27</sup> El Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, dice que el mecanismo de pago permitirá «suministrar liquidez a las empresas, apoyar financieramente a las entidades locales afrontando el pago a largo plazo de sus deudas, complementado con la debida condicionalidad fiscal y financiera». Esa «condicionalidad» se concreta en un plan de ajuste (artículo 7), que se aprobará por cada entidad local a propuesta del interventor, siguiendo los criterios vinculantes que deberá establecer un Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos. El plan deberá ser valorado favorablemente por el Ministerio de Hacienda, y a partir de ese momento se liberarán los fondos requeridos por la entidad local. Se produce, por tanto, una remisión normativa de una norma con rango de Ley (el Real Decreto-Ley 4/2012) a un Acuerdo de la Comisión Delegada, que actuará como un auténtico reglamento. El artículo 7 otorga la máxima amplitud a esa remisión, al decir que «[e]l Plan de ajuste podrá incluir modificación de la organización de la corporación local» y que también incluirá «[c]ualesquiera otros requisitos que se establezcan por Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos».

Ese Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos fue aprobado el 1 de marzo de 2012 y publicado por Orden PRE/773/2012, de 6 de abril. En el Anexo, parta cuarta, se enumeran las «condiciones adicionales», se incluyen algunas que ciertamente poco tienen que ver con la sostenibilidad financiera de la entidad, y que se apoyan, teóricamente, en otros títulos competenciales, como «las medidas de reducción de cargas administrativas a ciudadanos y empresas que se vayan a adoptar y la cuantificación de esta reducción», o «medidas relativas a la limitación de los salarios en los contratos mercantiles o de alta dirección de las empresas de su sector público, de reducción del número de consejeros de los Consejos de Administración de las mismas y a la regulación de las cláusulas indemnizatorias de acuerdo con Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral». Más condiciones se establecen en la Orden PRE/966/2014, de 10 de junio, por la que se publican las características principales de las operaciones de endeudamiento suscritas con cargo al mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales.

Especialmente relacionadas con la reestructuración del sector público local son las condiciones establecidas en el artículo 27 del Real Decreto-Ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros, que obligaban a disolver en el plazo de tres meses todos los organismos y entidades vinculados o dependientes de las entidades a las que se aplique cualquiera de las medidas contenidas en la norma.

<sup>28</sup> El origen se encuentra en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, que dice que «[l]as Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales que soliciten al Estado el acceso a medidas extraordinarias o mecanismos adicionales de apoyo a la liquidez, vendrán obligadas a acordar con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas un plan de ajuste, cuando sea preceptivo, que sea consistente con el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública». El contenido es muy amplio y se remite a normas reglamentarias o incluso a actos administrativos de aplicación, como dice el apartado 2 (se transcribe su redacción vigente, más detallada que la original): «El acceso a estos mecanismos vendrá precedido de la aceptación por la Comunidad Autónoma o la Corporación Local de condiciones particulares en materia de seguimiento y remisión de información y de *aquellas otras condiciones que se determinen* en las disposiciones o acuerdos que dispongan la puesta en marcha de los mecanismos, así como de adopción de medidas de ajuste extraordinarias, en su caso, para cumplir con los objetivos de estabilidad presupuestaria, y deuda pública y con los plazos legales de pago a proveedores establecidos en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea».

Por lo que se refiere al fondo de liquidez autonómica (FLA), el Real Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio, de medidas de liquidez de las Administraciones públicas y en el ámbito financiero (después sustituido por el Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico), preveía esa condicionalidad desde el principio en sus artículos 4 y 5.

básica (Leyes 39 y 40/2015), y que además suponen la integración en plataformas y medios suministrados o dirigidos por la Administración del Estado<sup>29</sup>.

Es difícil hacer un juicio conjunto sobre esos mecanismos de «condicionalidad», que además afectan tanto a las entidades locales como a las comunidades autónomas a pesar de que su marco constitucional es muy diferente. Sí es necesario poner de manifiesto que la regulación de las formas de gestión de los servicios locales no puede entenderse sólo a partir de la regulación contenida en la LBRL y normas de desarrollo o de acompañamiento (como el TRRL), sino que también es necesario tener en cuenta esas otras piezas, teóricamente aplicables sólo a determinadas entidades, pero que en la práctica han tenido una amplísima relevancia.

Si tenemos en cuenta que el «estado de necesidad» que obliga a una comunidad autónoma o entidad local a acudir a estos mecanismos de financiación condicionada, no depende sólo –ni, tal vez, principalmente– de la buena o mala gestión de la entidad, sino del desfase del sistema de financiación, cuya reforma se encuentra igualmente en manos del Estado, es fácil llegar a la conclusión de que el sistema autonómico (y, *mutatis mutandis*, la autonomía local) es menos sólido de lo que parece. De poco sirve la asunción estatutaria (y, por tanto, «blindada» frente a la revocación unilateral) de amplísimas competencias, si después se puede incidir en las mismas a través de fórmulas como ésta de la condicionalidad. Esto contribuye a envenenar el debate político sobre la distribución territorial del poder. Quienes se oponen o cuestionan el sistema constitucional encuentran aquí un fácil argumento, invocando esta clase de mecanismos, que privan de sustancia real a las competencias autonómicas (o al menos la reducen).

### c) Excesiva concentración en controles procedimentales, en detrimento de otros controles sobre el ejercicio efectivo de las competencias y el nivel de calidad de los servicios

Ya me he referido previamente a la técnica legislativa en esta materia, que se centra en establecer estrictos requisitos para actos concretos (la municipalización, la opción por la gestión directa o por la creación de una entidad sometida en todo o en parte al Derecho privado), con la consecuencia indirecta de acentuar la importancia de las decisiones tomadas en el pasado, cuando esos mismos actos no estaban sometidos a requisitos tan onerosos<sup>30</sup>. Como hemos dicho, se produce una situación anómala, en la que algo que hoy sería muy difícil de realizar, puede mantenerse y subsistir durante décadas en otro Ayuntamiento sólo porque la decisión se adoptó antes de la entrada en vigor de la nueva norma.

Pero en este apartado quiero profundizar en otro motivo de perplejidad, como es la dudosa eficacia de estos agravados requisitos con los que se quiere garantizar la sostenibilidad, eficiencia y, en definitiva, adecuación al interés público de la municipalización de servicios y actividades económicas y, especialmente, de su gestión directa, de la creación de personas jurídicas para ello y, en particular, del uso de formas de personificación que conllevan la aplicación del Derecho privado. Y es que los mecanismos elegidos por el legislador para tratar de garantizar el «acierto y eficacia» de la decisión administrativa (por usar una terminología legislativa algo antigua, pero fácil de entender) son básicamente formales. Con ello se consigue que sea relativamente sencillo controlar su cumplimiento (sobre todo en sede judicial contencioso-administrativa), pero al precio de reducir la profundidad del control.

El tipo de requisitos que ha establecido el legislador partiendo de una clara desconfianza hacia el ejercicio de actividades económicas por las entidades locales (y también, en particular, hacia la gestión di-

<sup>29</sup> Como ejemplo, pueden verse las condiciones establecidas en la Orden PRE/710/2016, de 12 de mayo, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 31 de marzo de 2016, sobre condiciones adicionales a cumplir por las Comunidades Autónomas adheridas al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, compartimento Fondo de Liquidez Autonómico 2016, o las 30 condiciones previstas en la Orden PRA/360/2017, de 21 de abril, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 2 de marzo de 2017, sobre condiciones adicionales a cumplir por las Comunidades Autónomas adheridas al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas, compartimento Fondo de Liquidez Autonómico 2017, que son muy heterogéneas y que claramente imponen a las comunidades autónomas exigencias que van más allá de lo que supone el cumplimiento de la legislación básica del Estado, pues convierten en obligatorio lo que es una simple recomendación o una norma aplicable sólo al sector público estatal.

<sup>30</sup> A esa lista de actos sometidos a requisitos estrictos habría que añadir el rescate de las concesiones, puesto que, de acuerdo con el artículo 279.c) de la LCSP, el rescate no es una decisión discrecional sin más, sino que es necesario acreditar que se ha adoptado «por razones de interés público» (esto es obvio en cualquier decisión discrecional, aunque el legislador lo subraya expresamente con la probable intención de fortalecer el control) y «requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional». Este precepto se aplica a la concesión de obra y también a la de servicios, en virtud de la cláusula de supletoriedad del artículo 297 LCSP.

recta y hacia la creación de personas jurídicas sometidas al Derecho privado), consisten en la exigencia de mayorías [mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación para la municipalización con monopolio y para la elección de la forma de gestión, artículo 47.1.k) LBRL], la imposición de una tutela administrativa en forma de aprobación autonómica (artículo 86.2 LBRL, para la municipalización con monopolio), así como la exigencia de acreditar la sostenibilidad y eficiencia de la medida (artículo 86.1) o, en el caso de la forma de gestión, acreditar que la elegida es «más» sostenible y eficiente que cualquier otra de las posibles. A veces se ha pretendido exigir el cumplimiento de estos mismos requisitos para la supresión de servicios (no obligatorios), en una suerte de argumento de «no regresión» de los servicios municipales<sup>31</sup>.

Sin duda es fácil verificar si se han cumplido requisitos como la mayoría reforzada o la aprobación autonómica. En cuanto al cumplimiento de la exigencia de acreditar la sostenibilidad o la eficiencia, es necesario distinguir los supuestos en que se exige únicamente demostrar que la acción proyectada es sostenible o eficiente, de aquellos otros en que se exige una motivación comparativa, que acredite la «mayor» eficiencia o sostenibilidad respecto a otras alternativas. Este segundo *test* resulta más difícil de superar. La motivación en términos absolutos (es decir, sin necesidad de analizar alternativas) es mucho más sencilla para la Administración.

Si asumimos que en el control del cumplimiento de estos requisitos los tribunales tenderán a reconocer un margen de apreciación significativo a la Administración, como corresponde a conceptos muy abiertos (pensemos en la «eficiencia», o incluso en la «mayor eficiencia») y también a que con estos conceptos se están sustituyendo a habilitaciones discrecionales a la Administración, es fácil prever que nos encontremos ante un control de la seriedad de la motivación, y que al final se discutirá sobre todo cuándo se debe aplicar este control (sólo en caso de municipalización de nuevas actividades, o también ante cualquier cambio en la forma de gestión), y también si la motivación tiene suficiente apariencia de seriedad<sup>32</sup>. Como he dicho *supra*, el tenor de las normas aplicables permite, al menos en principio, ir más

<sup>31</sup> Rechaza, con razón, este argumento la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2017 (recurso de apelación 293/2017), en un asunto en que se impugnaba la decisión municipal de cerrar un centro ecuestre que se había revelado muy deficitario y para el que no existían licitadores que optasen a la gestión indirecta: «no existe obligación alguna de aplicar una especie de simetría o equivalencia de motivación a la hora de establecer un servicio que a la de suprimirlo, porque lo relevante es la existencia de razones objetivas que además se exterioricen y no su volumen, perspectiva, extensión o trámites de instrucción».

<sup>32</sup> Un ejemplo de proceso en el que el recurrente (empresa aspirante a la concesión) se opone a la decisión de optar por la gestión directa, y se discute si el Ayuntamiento estaba obligado a seguir el procedimiento de municipalización, lo encontramos en el caso “Aguas de Valladolid”, resuelto en apelación por la sentencia de la Sala de Valladolid de 21 de mayo de 2019 (recurso de apelación 339/2018). La sentencia niega que dicho procedimiento sea aplicable cuando de lo que se trata es de cambiar la forma de gestión (de indirecta a directa) de un servicio que ya venía siendo prestado por la Administración: «La Sala estima, como en la sentencia de instancia, que no es exigible seguir el procedimiento previsto en los artículos 86.1 de la LBRL y 97.1 del TRRL, para la adopción de un acuerdo, como el que se examina, en el que únicamente se decide sobre la forma de gestión, directa en este caso, de unos servicios públicos locales, que son de prestación obligatoria *en todo caso* para el Municipio (art. 26.1 LBRL) y que por disposición legal *están reservados* a favor de las Entidades Locales. En acuerdo impugnado *internaliza*, no *municipaliza* un servicio que por disposición legal es municipal». Por lo tanto, la discusión no se centra en si se ha acreditado o no la sostenibilidad y eficiencia (uno de los contenidos del acuerdo de municipalización), sino en si es, o no, necesario seguir ese procedimiento (con respuesta, en este caso, negativa). La misma doctrina se establece en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Albacete del TSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2015 (recurso de apelación 152/2014), que también rechaza la necesidad de autorización autonómica cuando lo único que se decide es optar por la gestión directa mediante la creación de una empresa municipal: «Con el acuerdo plenario el 27 de diciembre de 2012 el Ayuntamiento de Cuenca no acordó la municipalización de ningún servicio y, tampoco, la “conveniencia del régimen” de monopolio ex artículo 97.2 del Texto refundido aprobado por RD 781/1986, precepto invocado por el Ayuntamiento de Cuenca».

Además, pese a que el acuerdo municipal recurrido es de 23 de febrero de 2017 (posterior, por tanto, a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 85 LBRL, que establece que los servicios «habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación»), dice que «la aprobación de las formas de gestión de los servicios públicos corresponde al Pleno del Ayuntamiento (art. 22.1.f de la LBRL); constituye una decisión de carácter discrecional, que tiene un contenido político, no predeterminado por el Derecho, de modo que la Administración decide entre las formas de gestión legalmente previstas con un margen de libertad, condicionado por la sujeción de su actuación a la satisfacción de los intereses generales (art. 103.1 CE), que no puede ser arbitraria (art. 9.3 CE) y al cumplimiento de los requisitos materiales y formales establecidos en el art. 85.2 de la LBRL».

En el mismo sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2017 (recurso de apelación 293/2017): «el establecimiento, modificación o supresión de la modalidad de gestión de un servicio público, o de su asunción o supresión, fuera de los imperativos legalmente tasados sobre servicios públicos obligatorios según la población o por tratarse de gestión de servicios con autoridad, pertenece a una potestad discrecional, encaminada a apreciar la oportunidad o no de su existencia y forma de gestión. Tal potestad cuenta con anclaje normativo directo en el art. 30 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en relación con el desarrollo local a través del Reglamento de uso y régimen de utilización de las instalaciones deportivas municipales (BOPA 11-1-2013). El criterio de oportunidad no es capricho ni arbitrariedad sino sencillamente que, existiendo distintas opciones políticamente posibles dentro de las jurídicamente admisibles, corresponde a la administración local la decisión final.

allá de ese control formal y que el recurrente intente demostrar que los informes en que se ha basado la Administración llegan a conclusiones incorrectas, aunque en la práctica parece poco probable que pueda prosperar un recurso de este tipo.

Parece que el legislador, de entre todas las formas posibles de «programación normativa» o de «dirección» de la Administración desde el derecho, sólo confía en las que admiten una respuesta binaria (se ha obtenido mayoría absoluta, o no, constan los informes, o no), fácilmente verificable por los funcionarios que intervienen en el expediente (en particular los habilitados nacionales, a los que se cita expresamente en los preceptos legales) y por la jurisdicción contencioso-administrativa. Otro tipo de formas de programación o de influencia sobre la conducta de la Administración, como puede ser la información pública, o la participación de expertos o de instancias administrativas pero no alineadas con ninguno de los interesados (es decir, que no sean ni funcionarios de la entidad, ni expertos contratados por ella), no se utilizan.

En la práctica, la utilidad de exigencias de justificación como las que se contienen en la nueva redacción del artículo 85.1 es dudosa, a pesar del énfasis de su redacción. No olvidemos que en la legislación de contratos públicos se exige que se acredite que el contrato era necesario, debido a la falta de medios propios que permitan a la Administración cubrir esa necesidad, y sin embargo se trata de un requisito que en la práctica es muy fácil de cumplir<sup>33</sup>.

Se echa de menos que la legislación se ocupe también de velar por la eficacia y calidad de la gestión de los servicios públicos cualquiera que sea la forma de gestión, y no sólo por el cumplimiento de los requisitos establecidos para la elección de la misma. No olvidemos que está en juego, además de la sostenibilidad financiera, la calidad de los servicios públicos básicos que reciben los ciudadanos. La gestión de los servicios a nivel municipal es la más respetuosa con la autonomía local y tiene ventajas en términos de descentralización, pero también tiene riesgos desde el punto de vista de la igualdad de los ciudadanos, que reciben –o pueden recibir– servicios de una calidad muy desigual en función del municipio en que vivan. El establecimiento de indicadores objetivos de dicha calidad, vinculantes para las entidades que prestan el servicio con independencia de la forma de prestación, e incluso la creación de entidades horizontales (en virtud del asociacionismo local) que pongan en común las buenas prácticas y generen indicadores no vinculantes pero relevantes, son caminos que conviene recorrer.

#### d) La utilización de concesiones demaniales para la prestación de servicios, ¿un punto ciego?

El progresivo fortalecimiento de los requisitos legales relativos a las formas de prestación de los servicios públicos hace que resulte más llamativo y necesitado de explicación jurídica el recurso, que se observa en la práctica, a las concesiones demaniales como forma de gestionar, materialmente, un servicio o actividad económica, de modo prácticamente intercambiable con los instrumentos jurídicos legalmente previstos como formas de prestación de los servicios públicos<sup>34</sup>.

Cuando un Ayuntamiento otorga una concesión sobre un bien de dominio público para que, por ejemplo, se construya y gestione un centro geriátrico, y en la concesión se establecen condiciones relativas a las ca-

---

Una cosa es la obligación de contar con instalaciones deportivas del Ayuntamiento de Oviedo, que dimana del art. 26.1.c) LBRL y otra muy distinta que tales instalaciones, su extensión y contenido disciplinar, deban ser los que se ajusten a la apetencia de los potenciales usuarios».

<sup>33</sup> En la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, ya se exigía, en la tramitación del contrato de servicios, que «[a]l expediente de contratación deberá incorporarse un informe del servicio interesado en la celebración del contrato, en el que se justifique debidamente la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Administración para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato (artículo 203.1)». En la legislación posterior, esa exigencia se ha vuelto más genérica, pero se ha extendido a todos los contratos, y así el artículo 28 de la vigente LCSP (con el antecedente del 22 del TRLCSP de 2011) establece que «[l]as entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, cuando se adjudique por un procedimiento abierto, restringido o negociado sin publicidad, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación».

<sup>34</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* VELASCO CABALLERO, F. (2018): “¿Puede haber residencias privadas de mayores sobre suelo dotacional público?”, en su blog (<https://franciscovelascoballeroblog.wordpress.com/2018/05/29/puede-haber-residencias-privadas-de-mayores-sobre-suelo-dotacional-publico/>, consultado por última vez el 1 de diciembre de 2019); GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2017): “Ley de Contratos del Sector Público: aplicación a los contratos patrimoniales”, en su blog *Global Politics and Law* (<https://www.global-politicsandlaw.com/2017/12/12/contratos-patrimoniales-nueva-ley-contratos-sector-publico/>, consultado por última vez el 1 de diciembre de 2019).

racterísticas y funcionamiento del centro (sobre precios, por ejemplo), a fin de conseguir que en el municipio existan plazas asequibles suficientes para satisfacer las necesidades de la población afectada, se está consiguiendo, por esa vía, y al margen de los artículos 85 y siguientes de la LBRL, la prestación de un servicio local, utilizando una forma de gestión indirecta.

La regulación de las concesiones demaniales es mucho más corta que la de los contratos similares (concesión de obras o concesión de servicios). De hecho, en lo relativo al procedimiento de licitación se remite a la legislación de contratos (artículo 78.2 RBEL).

Los contratos públicos y las concesiones demaniales son dos figuras jurídicas de características muy diferentes entre sí. Cuando la Administración quiere conseguir una determinada finalidad, o cuando se debe calificar un determinado negocio jurídico, se debe optar por una de las dos figuras, porque son incompatibles y cada una de ellas está sometida a una normativa diferente. A su vez, las dos tienen puntos de conexión, de forma que hay supuestos que, si los contemplamos desde una determinada perspectiva podemos construirlos como concesión demanial, mientras que si los contemplamos desde otro punto de vista podemos construirlos como contratos. Pero, en todo caso, hay que llegar a una única conclusión, porque contratos públicos y concesiones son cosas distintas y tienen regímenes jurídicos diferentes (por más que a las concesiones se aplique en alguna medida el régimen de los contratos, concretamente el procedimiento de licitación y adjudicación de los contratos públicos por remisión expresa del RBEL).

Entre otras cosas, las concesiones demaniales son actos unilaterales de la Administración (aunque sólo pueden otorgarse a solicitud de un particular), no contratos. Su plazo de duración es distinto del de los contratos. Su cumplimiento se rige por la LPAP y el RBEL, no por la legislación de contratos públicos.

Actualmente, la cuestión de la delimitación ha experimentado un giro debido a la regulación de los contratos por normas de Derecho comunitario, concretamente las Directivas 2014/23 (sobre concesiones) y 2014/24 (sobre los demás contratos públicos). Los Estados miembros no pueden utilizar un concepto interno como el de concesión para eludir las Directivas<sup>35</sup>. Por tanto, sólo serán concesiones demaniales (y quedarán excluidas de la legislación de contratos públicos) las que encajen en el párrafo 15 del preámbulo de la Directiva 2014/23: «acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario» (el artículo 9.1 LCSP recoge esta exclusión). Pero, hasta la aprobación de esta Directiva, los contratos públicos de concesión (que constituyen la categoría fronteriza con la concesión demanial, con la que se plantean los problemas de delimitación) no estaban incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas, de modo que la delimitación de las dos figuras era algo que podía decidir con entera libertad el ordenamiento jurídico interno.

Como se ha indicado hace un momento, existe una cierta relación entre las concesiones demaniales y los contratos, en el sentido de que tanto en un caso como en otro se combinan los mismos elementos, con la diferencia de que el predominio corresponde a uno o a otro, y eso determina la calificación jurídica. En la concesión demanial la Administración aparece como titular de un bien de dominio público y otorga a un tercero su aprovechamiento privativo temporal. Lo más importante es el bien demanial y el derecho que la Administración ostenta sobre él, lo que determina que sea prioritaria la idea de conservación del bien (reversión) y de obtención de rendimientos por la Administración. En cambio, en las concesiones de servicios o de obras, lo importante es la prestación de un servicio público o la puesta en servicio de una obra pública, a disposición de los ciudadanos que son sus usuarios. El bien público, cuando lo hay, es un instrumento para la prestación del servicio público o es el soporte de la obra pública. En cambio, puede haber concesiones demaniales en las que el bien demanial vaya a ser utilizado para finalidades estrictamente privadas (como la construcción de una nave industrial o de un hotel, por ejemplo).

<sup>35</sup> *Vid.*, sobre la exclusión de las concesiones y de los contratos relativos a bienes inmuebles del ámbito de aplicación de la legislación de contratos públicos, y su interpretación, GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2018): "Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 34-43, especialmente págs. 38-41.

En todo caso, y aunque pueda haber supuestos más o menos dudosos, se ha acuñado el criterio de que, cuando el elemento más importante es el servicio que el particular va a prestar a partir del bien demanial concedido, nos hallamos ante un contrato de concesión (de obra o servicio), mientras que, cuando lo importante es el bien concedido, quedando en un segundo plano la actividad que el particular va a llevar a cabo sobre él (aunque no sea enteramente libre, por supuesto), nos hallaremos ante una concesión demanial<sup>36</sup>. Todo ello al margen del argumento urbanístico que apunta inteligentemente F. Velasco Caballero, es decir, que en las parcelas demaniales calificadas como equipamiento público, la vinculación de su uso a un servicio público sólo estaría garantizada por una concesión de servicio público y no por una concesión demanial.

La concesión demanial, con todas sus incertidumbres, representa a veces una vía de escape frente a la compleja regulación de los servicios públicos locales. Aunque se descarte en una interpretación razonable de la ley, en la práctica se utiliza a veces, sin que los mecanismos preventivos y represivos permitan corregir estas desviaciones<sup>37</sup>.

### e) El sesgo a favor de la contractualización de los servicios públicos

A pesar de la neutralidad de los artículos 85 y siguientes de la LBRL, que admiten tanto la gestión directa como la indirecta, existe circunstancias bien conocidas que, de hecho, hacen que resulten mucho más cómodo para las entidades locales optar por la gestión indirecta, y que, una vez iniciada, favorecen que la misma continúe con una nueva licitación cuando expire el plazo del contrato inicial, en lugar de pasar a la gestión directa (definida como «internalización» del servicio, término más correcto que el de «remunicipalización»)<sup>38</sup>.

Los requisitos de motivación de los artículos 85 y 86 LBRL son más estrictos para justificar la gestión directa (especialmente la monopolista) y la creación de nuevas personas jurídicas, que para optar por la gestión indirecta mediante un contrato.

Uno de los factores más relevantes, aunque aparentemente sea instrumental y no aparezca en la LBRL, es el régimen del personal, es decir, las severas limitaciones a la incorporación de nuevo personal, materializadas en la «tasa de reposición» establecida por la legislación estatal (Leyes de Presupuestos Generales

<sup>36</sup> Como establece, por ejemplo, la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) número 076/2012, de 28 de marzo: «Sin embargo, falta en el supuesto que analizamos claramente la idea de la existencia de un servicio público de carácter predominante, siendo obvio que lo que se cede no es tanto la posibilidad de prestar un servicio público, cuanto la explotación de un determinado terreno calificado jurídicamente como demanio natural. Ello no resulta desvirtuado por el hecho de que el concesionario deba facilitar a los usuarios el suministro de agua y electricidad para las embarcaciones amarradas pues ello no supone sino una característica de la propia instalación que debe contar con los puntos de conexión correspondientes pero sin que el suministro de una u otra constituya propiamente un servicio prestado por el concesionario. Tampoco constituye una contradicción con la naturaleza demanial de la concesión que analizamos el hecho de que se prevea la posibilidad de realizar obras de acondicionamiento, mejora o ampliación de las instalaciones existentes, pues evidentemente éstas carecen de la entidad necesaria como para desvirtuar el carácter de la misma y convertirla en una concesión de obras. Está claro, y así se deduce de la base segunda del pliego, que el objeto concesional lo constituyen las instalaciones actuales, sin perjuicio de que se prevea la posibilidad de mejorar o acondicionar algunas de ellas o, incluso, de ampliarlas llegado el caso. Resulta evidente, tal como se configura la concesión, que el derecho a explotar los amarres no constituye la retribución del concesionario en contrapartida por la realización de obras, tal como exige el apartado 1 del artículo 7 de la Ley de Contratos del Sector Público».

En el mismo sentido, el informe número 67/99 de la entonces Junta Consultiva de Contratación Administrativa (del Estado), ahora Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 6 de julio de 2000, da a entender que, cuando la Administración persigue la obtención de una prestación por el privado (que puede consistir en la explotación de una obra, para permitir su utilización por los ciudadanos, o en la prestación de un servicio a los ciudadanos), habría concesión de obra o de servicio (es decir, un contrato), mientras que, cuando la Administración actúa únicamente como titular de un bien que percibe una contraprestación por el particular que lo explota para una actividad de su interés particular, habría una simple concesión demanial (por ejemplo, instalación de un restaurante o de una máquina expendedora de bebidas). Se cita un informe anterior de 7 de marzo de 1996.

<sup>37</sup> Un ejemplo práctico en el dictamen 259/2019 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, sobre el contrato celebrado por el Ayuntamiento de Gozón para la construcción y explotación, en una parcela municipal destinada a equipamiento, de una residencia geriátrica. En el procedimiento de licitación, el Ayuntamiento actuó ambiguamente, calificando la relación, alternativamente, como concesión demanial y como contrato. Durante la ejecución, el concesionario se apoya en la primera calificación para eludir las reglas de la legislación de contratos sobre cesión o modificación, más estrictas. En este caso, el dictamen asume que se trata de una concesión de obra o un contrato de gestión de servicios en forma de concesión, y no una concesión demanial, porque la causa que lleva al Ayuntamiento a su otorgamiento es la prestación de un servicio público (en este caso, la obtención de suficientes plazas para los vecinos que necesitan residir en un establecimiento geriátrico) y no la mera conveniencia patrimonial del Ayuntamiento como titular de la parcela: «El engarce con el servicio público se corrobora a la vista de la causa que determina el negocio ahora cuestionado. (...) En suma, no puede soslayarse que es el interés público, y no el puramente patrimonial del explotador, el que determina la actuación municipal, en la que el fin público se erige como elemento esencial».

<sup>38</sup> Vid. TORNOS MAS, J. (2016): «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *cit.*, pág. 32.

del Estado) con efectos vinculantes para todas las Administraciones Públicas<sup>39</sup>. La gestión directa de servicios o, en general, actividades económicas, ya se trate de la asunción *ex novo* de un servicio o actividad por el municipio o de la internalización de una que se viniera llevando a cabo mediante gestión indirecta, exige la incorporación de nuevo personal por el Ayuntamiento, que en la práctica resulta casi inviable o muy limitada.

Como es sabido, la consecuencia ha sido el protagonismo de la figura del «indefinido no fijo». En principio, la internalización de un servicio antes prestado por un contratista privado (normalmente concesionario de servicio, aunque a veces se trata de contratos de servicios) daría lugar a la marcha de ese contratista, con su personal, y a la necesidad municipal de reclutar nuevo personal<sup>40</sup>. Sin embargo, en no pocas ocasiones los tribunales declaran que se ha producido «sucesión de empresas» y que los trabajadores del concesionario deben ser asumidos por el Ayuntamiento. Como no se han incorporado a la plantilla municipal a través de los procedimientos legalmente previstos para la selección de personal laboral, esa incorporación se produce a través de la figura del «indefinido no fijo». Aunque, teóricamente, no debería producirse ese fenómeno de sucesión de empresas cuando se pasa a la gestión directa, porque de ese modo se ponen en cuestión los procedimientos de incorporación de personal al Ayuntamiento (del mismo modo que la externalización de servicios no debería dar lugar al fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores), y la incorporación de «indefinidos no fijos» supone, en principio, una señal de mal funcionamiento, en la práctica los Ayuntamientos casi la saludan porque les permite disponer del personal que necesitaban para la gestión del servicio<sup>41</sup>. El legislador estatal ha acabado casi otorgando carta de naturaleza al fenómeno al establecer que las convocatorias dirigidas a cubrir por los procedimientos legalmente establecidos las plazas ocupadas por indefinidos no fijos (que, en una elevada proporción, conducen a la estabilización de este personal, sobre todo porque, al ser personal laboral, los procedimientos de acceso permiten dar más importancia a la experiencia que en muchos casos atesoran), no computan como nuevas incorporaciones al aplicar la tasa de reposición, de modo que los Ayuntamientos pueden convocar esos procedimientos sin limitar sus posibilidades legales de incorporación de nuevo personal, que sólo se «consumen» con la incorporación de nuevo personal en sentido estricto<sup>42</sup>. El catálogo de triquiñuelas va en aumento, incluyendo el abuso de la contratación por obra o servicio, para reclutar el personal que ha de prestar nuevos servicios gestionados directamente por el Ayuntamiento, y el recurso al aumento de jornada de ese personal laboral para suplir la marcha de aquellos a quienes no se puede renovar el contrato para evitar que adquieran la condición de indefinido no fijo<sup>43</sup>.

Con independencia de las peculiaridades de cada caso concreto, el resultado final es que las normas hacen muy difícil para el Ayuntamiento la gestión directa, mientras que le ponen facilidades para la indirecta. No es un problema de sostenibilidad financiera, porque los recursos existen (la buena salud financiera de

<sup>39</sup> Sobre los aspectos laborales de las «remunicipalizaciones», *vid.* CASTILLO BLANCO, F. (2016): «Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 72-95.; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2018): «Una visión administrativista de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos», en *REDA*, núm. 193, págs. 127-155; ALFONSO MELLADO, C. L. (2017): «La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, págs. 22-35.

<sup>40</sup> También se producen problemas cuando se suprimen organismos públicos locales y se integra su personal en la entidad local matriz, como muestra el caso resuelto por la sentencia del TS de 19 de diciembre de 2018 (recurso de casación 720/2016), relativo al Ayuntamiento de Ferrol. El TS concluye que «es correcta la decisión de la corporación municipal de subrogarse en la posición que mantenían con su personal sus entidades públicas suprimidas. También son ajustadas a Derecho por razones obvias las previsiones sobre la integración de los funcionarios y del personal laboral que hubiere superado un proceso selectivo y estuvieren destinados en ellas. Por lo que hace al resto del personal, el juego de la sucesión de empresas implica el mantenimiento del régimen al que estaban sujetos y eso significa que el Ayuntamiento ha de adoptar las medidas necesarias para hacer frente a las obligaciones que sus organismos autónomos contrajeron con sus restantes empleados no funcionarios con vínculo temporal o indefinido no fijo».

<sup>41</sup> Esto ha dado lugar a fenómenos como el allanamiento (o la falta de oposición seria, que es casi lo mismo en la práctica) de los Ayuntamientos a las demandas en la jurisdicción social de los trabajadores que alegan que se ha producido sucesión de empresas y que reclaman que se reconozca su relación laboral con la Administración (y no con la antigua empresa contratista), así como el alto porcentaje de trabajadores indefinidos no fijos en la plantilla municipal (sobre todo su alto porcentaje sobre el total de nuevas incorporaciones).

El Ayuntamiento puede, en la práctica, desear que los tribunales le obliguen a asumir como personal indefinido no fijo al de la antigua contrata, aunque la Ley le impide reconocer voluntariamente esa condición: Disposición Adicional 34.<sup>a</sup> de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y Disposición Adicional 43.<sup>a</sup> de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

<sup>42</sup> Artículo 19.4 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y artículo 19.7 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

<sup>43</sup> Véanse, como ejemplo, noticias como «El Ayuntamiento prescindirá de 24 educadoras infantiles que tenían un contrato de obra o servicio» (<https://www.lne.es/oviedo/2019/09/02/ayuntamiento-prescindira-24-educadoras-infantiles/2523797.html>) o «El Ayuntamiento readmitirá a las educadoras infantiles si lo dice el juez» (<https://www.lne.es/oviedo/2019/11/26/educacion-readmitira-educadoras-infantiles-dice/2563382.html>).

las entidades locales en comparación con las Administraciones estatal y autonómicas es una evidencia), y porque, además, tanto la gestión directa como la indirecta tienen un coste. Sencillamente, se ponen más facilidades para que esos recursos se gasten en un contrato, que para que se comprometan con la incorporación de nuevo personal. La legislación ha optado, implícitamente, por las ventajas del *outsourcing* o externalización. Un criterio que el legislador puede asumir, pero que choca con la tendencia que ha acogido, por ejemplo, la LCSP de 2017 en favor de la estabilidad y la calidad en el empleo<sup>44</sup>.

La tendencia hacia la contractualización también se debe a razones fácticas. La decisión de optar por la gestión indirecta es una decisión que vincula a la Administración durante el plazo de duración del contrato, que puede ser corto si hablamos de un contrato de servicios, pero largo si se trata de una concesión. En todo caso, es una decisión cuyo efecto vinculante va más allá (por lo menos cuando se trata de concesiones, que es la fórmula contractual más habitual para la gestión de servicios públicos) del mandato de la corporación que toma la decisión de optar por la gestión indirecta. Puede ocurrir, incluso (y no se trata de un supuesto académico, sino real), que uno de los factores que justifique el plazo de duración del contrato sea la necesidad de amortizar el canon concesional que el concesionario abona al Ayuntamiento al inicio del contrato<sup>45</sup>. En este punto son necesarias normas imperativas, en la medida en que el interés inmediato de la corporación que licita el contrato tiende a que se produzcan dos circunstancias que son un «mal necesario»: administrar en poco tiempo un canon que en realidad se genera a lo largo de todo el plazo de duración de la concesión (más allá, por tanto, del mandato de la corporación que licita y adjudica el contrato) y maximizar el plazo de duración, lo que también produce el efecto de hipotecar o predeterminar a corporaciones futuras en sus decisiones sobre la forma de gestión del servicio<sup>46</sup>.

Por otro lado, el juego de las prórrogas prolonga con cierta frecuencia el plazo de duración del contrato (y, por tanto, el efecto de las decisiones de gestión indirecta del servicio), porque incluso aunque se trate de prórrogas contrarias a la legalidad, son difíciles de revertir debido a un rígido entendimiento de los límites a la revisión de oficio<sup>47</sup>.

En cambio, la gestión directa puede ser modificada o rectificada en todo momento, porque se adopta por plazo indefinido y, por tanto, libremente revocable por la corporación. El efecto conjunto de todos estos factores es que, si suponemos un Ayuntamiento en el que se produce alternancia política, de modo que el 50% del tiempo tiene una mayoría partidaria de la gestión directa, y el otro 50% del tiempo la mayoría es partidaria de la gestión indirecta (y ello en periodos de alternancia de, supongamos, 4 u 8 años), los servicios se van a prestar en régimen de gestión indirecta (contractual) durante mucho más tiempo que en régimen de gestión directa, porque las adjudicaciones de contratos vincularán a las corporaciones futuras y las decisiones de optar por la gestión directa no lo harán.

<sup>44</sup> La LCSP permite tener en cuenta «la mejora de las condiciones laborales y salariales» y «la estabilidad en el empleo» como criterios de adjudicación (artículo 145.2.1.º). Además, se refuerza el cumplimiento de las normas relativas a condicionales laborales y sociales (incluidos los convenios colectivos), al considerar que su eventual infracción también constituye incumplimiento del contrato, con las consecuencias a él anudadas (artículo 201). Todo ello sin perjuicio de las condiciones especiales de ejecución de carácter social, reguladas en el artículo 202, teniendo en cuenta que el pliego deberá establecer «al menos una de las condiciones especiales de ejecución» enumeradas en el artículo 202.2, que no incluye sólo las sociales, sino también las ambientales.

<sup>45</sup> Tanto en el contrato de servicios como en el de concesión de obras o servicios, el plazo se fijará teniendo en cuenta, entre otros factores, «el periodo de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato» (artículo 29.4 LCSP, para el contrato de servicios), o «el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios» (artículo 29.6 LCSP, para las concesiones), con la única diferencia de que el contrato de servicios tiene un plazo de duración máximo de 5 años, que sólo puede superarse de forma excepcional en atención a factores como el indicado, mientras que el de concesión tiene un plazo de duración mucho más alto (de hasta 40 años), y esos factores sirven para determinar el plazo concreto, por debajo de dicho tope máximo. El canon concesional es una esas inversiones que efectúa el contratista, que no puede utilizar en el resto de su actividad productiva (como un vehículo o una máquina, por ejemplo), y que tiene que recuperar con la actividad económica objeto del contrato, de modo que puede justificar una mayor duración del contrato.

<sup>46</sup> Se produce un incentivo perverso. Una Administración puede querer maximizar el canon, para poder efectuar gasto público que en realidad sustituye a ingresos que se habrían producido más allá de su mandato, y para conseguirlo maximiza el plazo de duración de la concesión, agravando otro «mal necesario» como es la extensión de dicho plazo más allá del plazo de duración del mandato municipal.

Esas normas imperativas pueden ser las de estabilidad financiera, concretamente la regla de gasto, que, al limitar la capacidad de gasto de la entidad local con independencia de sus disponibilidades presupuestarias inmediatas, hacen que el canon concesional no pueda ser «gastado» rápidamente por la corporación que licita y adjudica el contrato.

<sup>47</sup> Nos puede servir como ejemplo el caso de la prohibición legal de las prórrogas tácitas, o el caso de las aparentes prórrogas que en realidad constituyen modificaciones contractuales aprobadas al margen del procedimiento legalmente establecido, y que con frecuencia no se pueden revertir *a posteriori* debido a la aplicación de los límites a la potestad de revisión de oficio (dictamen 259/2019 del Consejo Consultivo del Principado de Asturias). Sobre la aplicación del artículo 110 de la LPAC, *vid.* MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2019): *Los límites a la potestad de revisión*. Cizur Menor: Aranzadi.

## f) La cooperación horizontal como forma de gestión de los servicios públicos

Es sabido que la principal causa de que las directivas sobre contratación pública hayan tardado tanto en incluir plenamente a las concesiones (sólo con la «cuarta generación» de directivas, de 2014, se ha producido esa incorporación, y sólo a medias, puesto que se trata de una directiva distinta a la general, y mucho menos incisiva en su regulación), es el hecho de que en algunos Estados miembros (sobre todo Alemania) se tiende frecuentemente a gestionar servicios públicos mediante acuerdos entre distintas Administraciones, que devienen imposibles si las únicas opciones que se ofrecen a los poderes adjudicadores son la gestión directa (interna o mediante medio propio) o la gestión indirecta contractual con licitación pública<sup>48</sup>.

Me estoy refiriendo a fórmulas de gestión de los servicios públicos en las que la Administración titular del servicio no lo licita (con libre acceso a operadores privados), ni lo presta de forma directa o a través de un medio propio, sino que se lo encomienda a otra Administración o a una entidad creada por otra Administración, con frecuencia con el objetivo final de aprovechar capacidades ociosas de las infraestructuras o empresas de esa otra Administración (como en el conocido asunto *Hamburgo*)<sup>49</sup>.

La respuesta del Derecho comunitario para no obligar a los Estados miembros a renunciar a esas fórmulas de gestión y a la vez no encoger el ámbito de aplicación de las Directivas ha sido doble: una concepción amplia del «riesgo operacional» para permitir una concepción también amplia del contrato de concesión (sometido a una regulación más laxa que los demás), y la expresa acogida de la «cooperación horizontal», que permite que los poderes adjudicadores celebren poderes adjudicadores entre sí, *exentos de la aplicación de las Directivas*, siempre que se cumplan ciertos requisitos como que actúen siguiendo exclusivamente consideraciones de interés público y en ejercicio de sus competencias.

Ello afecta, indudablemente, a las formas de gestión de los servicios públicos porque está pensado para acoger fórmulas que se utilizan en algunos Estados miembros para la gestión de servicios públicos o la realización de actividades económicas<sup>50</sup>.

En este punto, es necesario constatar que el Derecho comunitario se encuentra en una situación de indefinición, tanto a nivel legislativo (Directiva 24/2014) como jurisprudencial, y que el Derecho español se ha quedado un paso por detrás, al haber mantenido, seguramente por falta de atención en la preparación de los textos legislativos, una posición más restrictiva que la del Derecho comunitario, que, aun en el caso de que pueda ser considerada conforme con el Derecho comunitario, supone una restricción seguramente no querida y que está obligando a esfuerzos argumentativos que personalmente me parecen baldíos y dignos de mejor causa.

¿Cuál es la situación de indefinición del Derecho comunitario? En el caso de la cooperación vertical, se permite a los poderes adjudicadores adjudicar *directamente* encargos a sus medios propios, aunque con ello se reduzcan las posibilidades de negocio de las empresas que hubieran podido aspirar a la adjudicación del encargo, si, en lugar de poder adjudicarse directamente a un medio propio, fuese obligatorio sacarlo a licitación (artículo 12 de la Directiva 2014/24). La posición de la Directiva, adelantada por la jurisprudencia, es la consecuencia lógica de no admitir el principio del contratista interpuesto. La progresiva relajación de los requisitos exigidos a los medios propios (a partir de la doctrina TRAGSA) ha propiciado la extensión de la figura.

No está claro, en cambio, que todos estos encargos puedan ser canalizados a través de la cooperación horizontal. Sin duda pueden adjudicarse por esa vía encargos que tengan el mismo objeto que un contrato, y que, en ese sentido, restrinjan la competencia o perjudiquen a empresas que hubieran podido aspirar a la adjudicación del contrato. Pero se exige un requisito de «razones de interés público» y «ejercicio de competencias» [artículo 12.4, apartados a) y b)], de carácter indeterminado, que restringe el ámbito de la figura de forma clara respecto al que tiene la cooperación vertical (es decir, los encargos a medios propios)<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> He estudiado esta cuestión en mis trabajos (2018): “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva época, núm. 8, págs. 5-26; (2018): “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Documentación Administrativa*, Nueva época, núm. 4, págs. 31-51; (2018): “Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 20-33.

<sup>49</sup> Sentencia del TJ de 9 de junio de 2009 (asunto C480/06).

<sup>50</sup> Si acudimos a las sentencias *Hamburgo* y *Remondis* (sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15), vemos cómo esos convenios sirven para la gestión de servicios locales (fundamentalmente gestión de residuos, por oposición a lo que sucede en España, donde el debate se centra en el agua) y sustituyen a licitaciones a las que hubieran podido presentarse empresas privadas (por ejemplo, *Remondis*, que es quien ha dado nombre a estos pleitos en su intento por conseguir que se saque a licitación pública la cobertura de las necesidades públicas que actualmente se satisfacen mediante convenios de cooperación horizontal).

<sup>51</sup> La cuestión vuelve a estar sobre la mesa del TJ a través de la cuestión prejudicial “*Remondis 2*” (asunto C-429/2019), presentada el 5 de junio de 2019 por el Oberlandesgericht Koblenz (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de Coblenza, Alemania), es

¿Por qué se ha quedado un paso por detrás el Derecho español? Porque, al decir que la cooperación horizontal sólo es admisible cuando el convenio tenga un objeto distinto al de los contratos típicos, sigue anclado en una doctrina que el TJ estableció en 2005 pero abandonó en 2009, es decir, una doctrina que sólo admite una única excepción al principio del contratista interpuesto: la excepción de las adjudicaciones a medios propios. Esto obliga a distinguir «convenios» y «contratos», no por su objeto sino por su causa, algo que me parece, como he dicho, estéril.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este inventario de perplejidades he intentado repasar los cambios más recientes en la regulación de la forma de gestión de los servicios públicos de una forma crítica y que no parta de la asunción más o menos irreflexiva del sistema y de sus a veces equívocos presupuestos (como por ejemplo el expediente de municipalización, que sigue siendo la clave aunque su sentido ha ido cambiando, sin haberse aclarado nunca del todo).

En este como en otros campos de la legislación de régimen local, el legislador estatal, sin cambiar los pilares básicos del sistema de la LBRL de 1985, ha ido recortando la autonomía local (sobre todo por razones financieras) de forma poco consecuente con ese sistema que teóricamente se mantiene. Ello ha colocado al TC en una situación comprometida que se va solventando caso a caso, con la interpretación del concepto (no poco indeterminado) de «legislación básica». Algo frecuente en la jurisprudencia constitucional (imposible no acordarse de las «matizaciones» del *ius puniendi*), pero que no ayuda a la construcción de sistemas o explicaciones racionales y previsibles del conjunto, sino que aboca a decisiones casuísticas. La sensación de que el amplio reconocimiento de la autonomía en el plano de los principios es compatible con el juego de determinados «comodines» que permiten recortarla con facilidad en casos concretos es inevitable, y no demasiado diferente de lo que sucede en el plano autonómico. Tenemos la complejidad de un sistema descentralizado y, en la práctica, la concentración de poder de uno centralizado.

Por otro lado, el legislador ha optado por acumular la presión normativa en la toma de las decisiones sobre la forma de gestión del servicio, más que en el control de la gestión efectiva. Como hemos visto, esa estrategia puede no ser la más adecuada, porque introduce un sesgo a favor de la gestión indirecta y contractual, y porque no garantiza a largo plazo la calidad de la gestión ni la igualdad en los servicios que reciben los ciudadanos.

Por último, me parece necesario llamar la atención sobre la excesiva importancia que ha asumido el subsector normativo de la legislación de contratos públicos, que acaba condicionando las decisiones sobre las formas de gestión de los servicios públicos<sup>52</sup>. El Derecho comunitario trata las Directivas de contratación casi como un subsector del Derecho de la competencia, muy ligado al objetivo de garantizar la libre circulación de servicios y el libre acceso a las compras públicas, pero no como la vía para regular la gestión de los servicios públicos, que está sujeta a otra lógica y persigue otros objetivos.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALFONSO MELLADO, C. L. (2017): "La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, págs. 22-35.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M. (2004): *El abastecimiento de agua en España*. Cizur Menor: Civitas.
- AMOEDO SOUTO, C. A. (2018): "Infrafinanciación crónica, condicionalidad financiera y autonomía universitaria. Notas para un abordaje jurídico", en LÓPEZ RAMÓN, F.; RIVERO ORTEGA, R.; FERNANDO PABLO, M. (coords.): *Organización de la Universidad y la ciencia*, págs. 163-174. Madrid: INAP.
- BEL I QUERALT, G. (2002): "Privatización de servicios locales: algunas implicaciones sobre la tasa de usuarios y el presupuesto", en *Análisis Local*, núm. 45, págs. 45-58.

decir, un tribunal de segunda instancia de la jurisdicción civil, que es el competente para conocer de los recursos especiales en materia de contratación (en segunda instancia frente a las decisiones adoptadas por órganos administrativos de recursos, ligados en algunos casos a las autoridades de defensa de la competencia).

<sup>52</sup> Una visión de la «remunicipalización» desde el punto de vista de la legislación comunitaria sobre contratos públicos, en GIMENO FELIU, J. M. (2016): "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 50-71.

- CARRO MARINA, M. (2019): “Municipalizaciones y remunicipalizaciones”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 81, págs. 4-11.
- CASTILLO BLANCO, F. (2016): “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 72-95.
- El Ayuntamiento prescindirá de 24 educadoras infantiles que tenían un contrato de obra o servicio (2019), en *La Nueva España*.
- ESTEVE PARDO, J. (2017): “El movimiento remunicipalizador. Experiencias y expectativas”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 69, págs. 4-11.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J. (1995): *La intervención del municipio en la actividad económica. Los títulos que la legitiman*. Madrid: Civitas.
- GAMERO CASADO, E. (2019): “Criterios determinantes de la forma de gestión de los servicios públicos; especial referencia a la remunicipalización de servicios locales”, *RGDA*, núm. 52, pág. 23.
- GIMENO FELIU, J. M. (2016): “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 50-71.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (2018): “Colaboración público-privada: más allá de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 34-43.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2017): “Ley de Contratos del Sector Público: aplicación a los contratos patrimoniales”, en *Global Politics and Law*. Disponible en: <https://www.globalpoliticsandlaw.com/2017/12/12/contratos-patrimoniales-nueva-ley-contratos-sector-publico/>. Consultado por última vez el 1 de diciembre de 2019.
- HUERGO LORA, A. (2017): “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, en *Documentación Administrativa, Nueva época*, núm. 4, págs. 31-51. DOI: <https://doi.org/10.24965/da.v0i4.10494>.
- HUERGO LORA, A. (2017): “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, Nueva época, núm. 8, págs. 5-26. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i8.10457>.
- HUERGO LORA, A. J. (2018): “Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 20-33.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. (2017): “Formas de gestión de los servicios públicos locales”, en VELASCO CABALLERO, F. (dir.): *Tratado de derecho económico local*, págs. 105-152. Madrid: Marcial Pons.
- MAGALDI MENDAÑA, N. (2012): *Los orígenes de la municipalización de servicios en España. El tránsito del Estado liberal al Estado social a la luz de la municipalización de servicios públicos*. Madrid: INAP.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2018): “Una visión administrativista de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos”, en *REDA*, núm. 193, págs. 127-155.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2019): *Los límites a la potestad de revisión*. Cizur Menor: Aranzadi.
- MESTRE DELGADO, J. F. (2011): “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho municipal*, págs. 2.063-2.175. Madrid: lustel.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2018): “El agua en la ciudad”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 76, págs. 4-15.
- MUÑOZ MACHADO, S. (dir.) (2011): *Tratado de derecho municipal*, vol. II, págs. 2.063-2.175. Madrid: lustel. 3.ª ed.
- ORIHUELA, D. (2019): “El Ayuntamiento readmitirá a las educadoras infantiles si lo dice el juez”, en *La Nueva España*.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2017): “Servicios públicos e iniciativa económica local”, en VELASCO CABALLERO, F. (dir.): *Tratado de derecho económico local*, págs. 73-104 y 83 y sigs. Madrid: Marcial Pons.
- TORNOS MAS, J. (2016): “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, págs. 32-49.
- VELASCO CABALLERO, F. (2018): “¿Puede haber residencias privadas de mayores sobre suelo dotacional público?”, en *Blog de Francisco Velasco*. Disponible en: <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2018/05/29/puede-haber-residencias-privadas-de-mayores-sobre-suelo-dotacional-publico/>. Consultado por última vez el 1 de diciembre de 2019.
- VELASCO CABALLERO, F. (2019): “Artículo 140. La autonomía municipal”, en CASAS BAHAMONDE, M. E.; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, vol. II., págs. 1.018-1.034. Madrid: BOE.



## Los servicios públicos locales en el Perú: una aproximación a su caracterización jurídica

### *The local public services in Perú: a legal characterization*

Diego Zegarra Valdivia

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8901-1026>

[dzegarra@pucp.pe](mailto:dzegarra@pucp.pe)

#### NOTA BIOGRÁFICA

Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Profesor Principal de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde es Coordinador del Área de Derecho Administrativo y del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA). Sus líneas de investigación son: procedimiento administrativo, servicios públicos, actividad de fiscalización, potestad sancionadora, datos personales y ordenación del territorio.

---

#### RESUMEN

El presente es un estudio en el que se pasa revista de la configuración de los municipios democráticos en el Perú, se analiza la evolución del régimen jurídico de los servicios públicos prestados en el ámbito local y se efectúa una aproximación a la caracterización jurídica los mismos.

#### PALABRAS CLAVE

Servicios públicos locales; función pública; función administrativa; municipalidades; democracia; ordenamiento jurídico peruano.

---

#### ABSTRACT

This is a study in which the configuration of democratic municipalities in Peru is reviewed, the evolution of the legal regime of public services provided at the local level is analyzed and an approximation is made to their legal characterization.

#### KEYWORDS

Local public services; public function; municipalities; democracy; peruvian legal order.

#### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DE LOS MUNICIPIOS DEMOCRÁTICOS EN EL PERÚ. 2.1. LOS CABILDOS EN LA ETAPA VIRREINAL. 2.2. LOS MUNICIPIOS DURANTE LA ETAPA REPUBLICANA. 2.3. EL SURGIMIENTO DE LOS MUNICIPIOS DEMOCRÁTICOS EN EL PERÚ. 3. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN EL PERÚ. 3.1. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. 3.2. LA EVOLUCIÓN DEL MARCO LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. 4. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN EL PERÚ: CARACTERIZACIÓN JURÍDICA 5. LAS ACTIVIDADES COMPRENDI-

DAS COMO SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN EL ORDANAMIENTO JURÍDICO PERUANO. 5.1. EL SERVICIO DE LIMPIEZA PÚBLICA. 5.2. LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO. 5.3. EL SERVICIO DE ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD. 5.4. LOS SERVICIOS EDUCATIVOS. 5.5. LOS SERVICIOS DE TRÁNSITO, VIABILIDAD Y TRANSPORTE PÚBLICO. 5.6. SERVICIOS DE SEGURIDAD CIUDADANA. 5.7 OTRAS ACTIVIDADES CALIFICADAS COMO SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES. 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA. 7.1. DOCTRINA. 7.2. LEGISLACIÓN REVISADA. 7.3. JURISPRUDENCIA.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Las instituciones municipales en Iberoamérica han tenido mecanismos de designación directa de sus autoridades dependientes directamente de la voluntad de los gobiernos nacionales y es en las últimas décadas del siglo xx, con la consolidación de los sistemas democráticos, que se ha dado paso a la elección democrática de sus autoridades municipales.

Es en este contexto, que se ha desarrollado la prestación de servicios públicos locales, actividades, cuya caracterización jurídica es el principal objeto de estudio en el presente trabajo.

En base al objetivo planteado, la primera sección de este estudio introductorio está dedicado a describir el proceso de configuración de los municipios democráticos en el Perú, seguida luego de un análisis de la evolución del régimen jurídico de los servicios públicos en el Perú, tanto en su tratamiento constitucional como en la evolución de su régimen legal.

La tercera sección está dedicada a la caracterización jurídica del concepto de servicios públicos locales plasmado en el ordenamiento jurídico peruano con la finalidad de advertir sus particularidades y los aspectos que la distinguen de otras categorías jurídicas. Finalmente, en la cuarta sección se evalúan a las actividades calificadas por la vigente Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades («LOM») como servicios públicos locales para establecer su naturaleza jurídica y determinar si las mismas son propias de las función prestacional que desarrollan las corporaciones locales.

## 2. EL PROCESO DE CONFIGURACIÓN DE LOS MUNICIPIOS DEMOCRÁTICOS EN EL PERÚ

### 2.1. Los cabildos en la etapa virreynal

Durante esta etapa, las autoridades locales eran designadas por el mismo Virrey y, en casos excepcionales, por nombramiento directo del Rey de España. Así, la primera evidencia histórica de designación de autoridades locales se plasma en el primer cabildo celebrado por Francisco Pizarro, el 22 de enero de 1535, quien designó al primer alcalde de la ciudad, el conquistador andaluz Nicolás de Rivera y Laredo conocido como «El Viejo» (Prescott, 2017).

Posteriormente, los ayuntamientos se organizaron bajo la figura de los repartimientos y encomiendas a partir de 1569 hasta el inicio de las reformas borbónicas que dieron lugar a la instalación de las intendencias en el siglo xviii.

Esta estructura absolutista se mantuvo hasta el 31 de octubre de 1812, ya que, el Virrey Abascal, en razón a los preceptos de la Constitución de Cádiz, promulgada por las Cortes Generales de España en 1812, llevó a cabo las primeras elecciones municipales para elegir a dos alcaldes, dieciséis regidores y dos procuradores síndicos, las cuales se prolongaron hasta el año 1813 (Aljovín, 2016).

Las parroquias y los locales donde se realizaron las votaciones eran el Sagrario de la Catedral (Convento de La Merced), Huérfanos (Convento de San Juan de Dios), Santa Ana (Colegio de San Fernando), San Lázaro (Convento de San Francisco de Paula), San Sebastián (Convento de Santo Domingo) (Chiaramonti, 2016).

### 2.2. Los municipios durante la etapa republicana

El mecanismo de designación directa de las autoridades locales se mantuvo, inclusive, con la proclamación de la independencia del Perú en 1821, ello por previsión del propio Estatuto Provisional del 8 de octubre

<sup>1</sup> La presente investigación se enmarca dentro de las actividades de la Línea de Investigación en Servicios Públicos y su elaboración contó la colaboración de Gianpierre Valverde Encarnación.

de 1821, el mismo que dispuso que las municipalidades subsistirían con las misma organización y bajo el gobierno de las mismas autoridades que habían sido designadas en la colonia (López y Aljovín, 2018).

Con la promulgación de la primera Constitución Política del Perú de 1823 se incorporó en los artículos 138 y 139 la figura de los municipios y la forma de elección de sus autoridades por colegios electorales de parroquia, respectivamente. Posteriormente, las constituciones políticas de 1826 en sus artículos 128 y 129 y 1828 en sus artículos 140 y 143, conservaron la referencia a las municipalidades y su forma de elección como se había dictado en la Constitución de 1823 (García, 2016).

Con la aprobación de la Constitución Política de 1834, se mantiene la disposición referida a los entes municipales en su artículo 137 y vinculado a la elección de sus autoridades se dictó la Ley Órgánica de Elecciones y la Ley orgánica de municipalidades en el mismo año (López y Aljovín, 2018). En las sucesivas constituciones políticas de 1839, 1856, 1860 y 1867, es posible observar previsiones normativas respecto de los municipios y los mecanismos de elección de sus autoridades (García, 2016).

Posteriormente, bajo la vigencia de la Constitución política de 1920, fueron aprobados dos importantes cuerpos normativos. El primero fue la Ley N.º 5644, que autorizó el nombramiento de municipalidades provisionales en 1927; y, el segundo fue la Ley N.º 7482, que autorizó al Poder Ejecutivo a nombrar autoridades municipales provisionales mientras se realizaban las elecciones de 1932 (López y Aljovín, 2018).

Este citado texto constitucional fue sustituido por la Constitución de 1933 y durante su vigencia se dictó Ley N.º 10233, de 4 de setiembre de 1945, que dispuso el establecimiento de Juntas Municipales Transitorias elegidas por Asambleas Electorales Municipales; la Ley N.º 10537, de 6 de abril de 1946, que dispuso que la administración comunal se ejercerá por las Juntas Municipales Transitorias, elegidas de acuerdo con la Ley N.º 10233 hasta que fue posible la instalación de los municipios elegidos popularmente; la Ley N.º 10733, Ley de Elecciones Municipales, de 5 de diciembre de 1946 que dispuso por primera vez la constitución de los Concejos Municipales por sufragio directo y secreto, siendo las autoridades elegidas por tres años; la Ley N.º 12391, Ley que otorgó el voto femenino en 1955, de 17 de setiembre de 1955; y, la Ley N.º 14669, Ley de Elecciones Municipales de 24 de setiembre de 1963, por la cual se aprueba la elección de autoridades locales elegidas con voto popular de carácter secreto y directo (García, 2016).

Lo que puede destacarse como característica de este período, es que si bien las sucesivas constituciones de un Estado peruano en formación incorporaron regímenes de elección de las autoridades de los municipios, su aplicación se vió limitada por la falta de estabilidad de los gobiernos nacionales y por la prevalencia de la designación directa de quienes tenía a su cargo los gobiernos locales.

### **2.3. El surgimiento de los municipios democráticos en 1963**

El proceso de configuración de los municipios democráticos en el Perú tuvo como punto de partida la convocatoria realizada en el año 1963 por el Presidente Fernando Belaúnde Terry para elegir a los Concejos Municipales, denominación con los que el artículo 203 de la Constitución Política de 1933 –vigente en ese periodo– se refería a los gobiernos municipales (Tuesta, 2016).

Sin embargo, luego de las elecciones de autoridades municipales por voto popular y en elecciones con voto directo y secreto se vieron interrumpidas entre 1967 y 1980, por la instalación de la dictadura militar encabezada por Juan Velasco Alvarado, al inicio, y continuada por Francisco Morales Bermúdez.

No obstante, con el retorno de la democracia y la promulgación de la Constitución de 1979, ya en su segundo gobierno, nuevamente el Presidente Fernando Belaúnde Terry volvió a convocar en 1980 a elecciones municipales, teniendo como marco normativo el artículo 3 de la Ley N.º 14669, el cual disponía la elección de autoridades municipales provinciales y distritales (Tuesta, 2016).

Al amparo del artículo 4 de la citada Ley N.º 14669, todos los ciudadanos peruanos inscritos en el Registro Electoral del Perú gozaban del derecho de sufragio para las elecciones municipales, siendo el voto obligatorio, directo y secreto. El periodo de duración de los mandatos municipales, de acuerdo al artículo 7, era de 3 años contados desde el primer día del año siguiente a las elecciones.

A partir del año 1980, se sucedieron ininterrumpidamente elecciones municipales cada 3 años hasta 1998, año en la que se publicó la Ley de Elecciones Municipales, publicada por la Ley N.º 26864, que amplió el mandato por cuatro años. Posteriormente, desde el año 2002, las elecciones municipales coinciden con las elecciones regionales, de esta forma, los procesos electorales se han llevado a cabo cada cuatro años hasta el último que se realizó en el 2018 (López y Aljovín, 2018; Tuesta, 2016).

### 3. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN EL PERÚ

La configuración del régimen jurídico de los servicios públicos locales en el ordenamiento jurídico peruano se ha construido a partir del tratamiento que se le ha dado a nivel constitucional y del contenido jurídico que fue previsto en la normativa que regula a las municipalidades.

#### 3.1. Tratamiento constitucional de los servicios públicos locales

Una de las fuentes normativas que ha dotado de contenido a la expresión servicios públicos locales ha sido el marco constitucional peruano. Así, en la citada Constitución Política de 1823 es posible encontrar, por primera vez, la referencia al servicio público en el artículo 156 –inserto en el Capítulo I de la Sección Tercera–, el cual regula el rol de la Hacienda Pública en la actividad aduanera, disponiendo que «(...) las aduanas se situarán en los puertos de mar y en las fronteras, en cuanto sea compatible con la recta Administración, con el interés del Estado y del servicio público» (Congreso Constituyente, 1823).

Asimismo, es posible observar que en el texto de la Constitución de 1839, se le concede al Presidente de la República la atribución de «hacer en los reglamentos de hacienda y de comercio, con acuerdo del Consejo de Estado, las alteraciones convenientes al servicio público, dando cuenta al Poder Legislativo» (Zegarra, 2005).

De esta forma, el servicio público fue adquiriendo diversas connotaciones en función a la impronta que se daba en cada etapa histórica. Así, en el artículo 8 de la Constitución de 1860, se encuentran referencias a que «(...) No puede imponerse contribuciones sino en virtud de una ley, en proporción a las facultades del contribuyente y para el servicio público» (Convención Nacional, 1860).

Lo que se advierte de la revisión de las constituciones del siglo XIX, es que el significado del servicio público estaba vinculado con el ejercicio de la función pública y que todavía no se tenía noción sobre la existencia de servicios públicos locales o de la municipalización de determinadas actividades de carácter prestacional.

Es con la llegada del siglo XX y la promulgación de la Constitución de 1920, que el Estado peruano inicia un proceso de municipalización y nacionalización de determinadas actividades de carácter prestacional y que implicaban su *publificación* al consideradas de interés público, habilitándose al Estado a expropiar las empresas privadas que prestaban dichos servicios (Asamblea Nacional, 1920).

La intervención de Estado en actividades vinculadas con la satisfacción de un interés general se fortalece con la Constitución de 1979, dado que, se consagra en su artículo 113 que «el Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo» (Asamblea Constituyente, 1979). Asimismo, a través de la previsión introducida en el inciso artículo 254 del referido texto constitucional, se hizo posible la distinción entre los servicios públicos vinculados a la Administración central de aquellos vinculados con los gobiernos locales, al otorgársele a las municipalidades competencias para «organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales» (Asamblea Constituyente, 1979).

Esta distinción se mantuvo en la actual Constitución de 1993, donde también se reconoce en los artículos 119, 192 y 195 que hay un esquema descentralizado de regulación, gestión y administración de los servicios públicos en los ámbitos central, regional y local (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

De esta forma, de la revisión de los textos constitucionales, es posible afirmar que el reconocimiento de los servicios públicos locales ha seguido un proceso que actualmente permite considerar a los mismos como actividades cuya titularidad y gestión le han sido atribuidas a las municipalidades, como antes públicos de nivel descentralizado.

#### 3.2. La evolución del marco legal de los servicios públicos locales

Como ha sido posible advertir, el servicio público ha estado presente en marco constitucional peruano desde los primeros años de la fundación de la República siendo extensiva su presencia en la legislación, pero sin acaso tener el contenido y la caracterización que actualmente tiene esta figura.

Al remontarse a la legislación más próxima a la formación del Estado peruano, se identifica el Decreto de 5 de junio de 1857, el Decreto de 27 de febrero de 1866 y la Resolución Legislativa de 5 de abril de 1873, que reglamentaban el régimen de prestación de los servicios de alumbrado de gas, de correos y la labor de

los hospitales, respectivamente, los cuales concedían al particular un «privilegio de explotación sin señalarse de forma expresa que dicha concesión implicaba la prestación de estos servicios al público» (Zegarra, 2005).

Lo llamativo de esta regulación es el surgimiento del principio de continuidad asociado a los servicios públicos, ya que, como se estableció en el artículo 1 del Decreto de 11 de noviembre de 1850, se obligaba al prestador privado a comprometerse a «dar constantemente en todo tiempo para la cañería de fierro el agua necesaria para el consumo de la población del Callao (...)» (Zegarra, 2005).

Aún sin llegar a la noción actual del servicio público, la legislación fue acercándose a éste con la incorporación de elementos compositivos de esta categoría, como es el caso del término «utilidad pública». Esto se observa en la redacción del artículo 3º de la Ley de 9 de noviembre de 1893 que declaraba de «utilidad pública la construcción de ferrocarriles».

Del mismo modo, sin llegar al reconocimiento expreso, se empezó a asimilar indirectamente la referencia a los servicios públicos locales como parte del proceso de municipalización que propició la creación de monopolios a nivel local en aquellos sectores considerados de interés general (Zegarra, 2005). Esto último quedó reflejado en el Decreto de 17 de julio de 1866, que adjudicó a la Municipalidad de Lima el camal general y el alumbrado público.

Esta tendencia continuó expandiéndose a más actividades como la generación eléctrica y el abastecimiento de agua potable, ya que las mismas pasaron a la titularidad de las municipalidades, dada la consideración del gobierno central de reconocerle un carácter eminentemente local.

Así, resulta ilustrativo lo dispuesto en la Ley N.º 6188 de 27 de abril de 1928 que declaró de utilidad pública la empresa de alumbrado eléctrico de Moquegua pasando de manos privadas a la gestión en el ámbito municipal. Esto último también se observa en el Decreto Ley N.º 7241 de 27 de julio de 1931 que dispuso que el servicio de agua potable de Arequipa pase al Consejo Municipal de esa ciudad.

Es de esta forma que la prestación de algunas actividades de interés general fue gestionándose por los gobiernos locales, quienes brindaban el servicio directamente a través de una dependencia administrativa. Sin embargo, este esquema de gestión cambió y se pasó a un modelo que implicaba la creación de una corporación adscrita a la Administración.

Este proceso empezó a gestarse a partir de la segunda mitad del siglo XX bajo un diseño que implicaba la creación de personas jurídicas autónomas pero pertenecientes al Estado. Cabe referir, en ese sentido, a la Ley N.º 13428 de 1960, que creó la Corporación Departamental de Servicios Eléctricos de Lambayeque; entidad que tenía como objeto la conservación, mejoramiento y administración de los servicios de electricidad establecidos por las Municipalidades en el Departamento de Lambayeque.

Al iniciar la década de 1970, se experimentó un proceso de concentración de los servicios públicos, que provocó que los servicios públicos locales pasen a la gestión del gobierno central, lo que supuso la desmunicipalización de una serie de actividades prestacionales.

Esto se observa, por ejemplo, con la prestación de los servicios de electricidad que abandonaron la titularidad municipal y se concentraron en la empresa pública «Electricidad del Perú», como quedó dispuesto en el Decreto Ley N.º 21906 de 16 de agosto de 1977. Cabe señalar, por otro lado, que este proceso de desmunicipalización no fue total, porque se conservaron dentro del ámbito de los gobiernos locales los servicios de saneamiento, que continuaron siendo administradas y operadas por empresas municipales como sucede hasta la actualidad (Zegarra, 2005).

A partir de 1990, se produjo un proceso de liberalización y privatización que retrasó la vuelta en escena de la municipalización de los servicios públicos, ya que, el objetivo fue que el Estado abandone la prestación directa de estas actividades, a través de empresas estatales, para otorgarlas en gestión indirecta a empresas privadas (Cairampoma y Solar, 2010).

En los primeros años de la década pasada y de vuelta con el proceso de descentralización, en el Perú se retomó la discusión respecto de la importancia de delegar determinadas funciones a los gobiernos regionales y locales. Ello fue materializándose con la publicación de la Ley de Base de Descentralización, Ley N.º 27783 que, en su artículo 42, inciso c), atribuye a las municipalidades competencias exclusivas para «(...) administrar y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local» (Congreso de la República, 2002).

Dentro de este mismo esquema, con la promulgación de la Ley 27.972, Ley Orgánica de Municipalidades se reconoce expresamente la titularidad municipal de determinadas actividades como servicios públicos locales, cuya gestión y prestación puede ser directa o indirecta «siempre que sea permitido por ley y que se asegure el interés de los vecinos, la eficiencia y eficacia del servicio y el adecuado control municipal» (Congreso de la República, 2003).

Las actividades previstas en el artículo 73 de la citada LOM como servicios públicos locales son: a) el saneamiento ambiental, salubridad y salud; b) tránsito, circulación y transporte público; c) educación, cultura, deporte y recreación; d) programas sociales, defensa y promoción de derechos de ciudadanos; e) seguridad ciudadana; f) abastecimiento y comercialización de productos y servicios; g) registros civiles; h) promoción del desarrollo económico local para la generación de empleo; i) Establecimiento, conservación y administración de parques zonales, parques zoológicos, jardines botánicos, bosques naturales; j) otros servicios públicos no reservados a entidades de carácter regional o nacional.

Respecto a este conjunto de actividades previstas en la LOM, cabe resaltar que no es posible encontrar características homogéneas entre ellas que permitan caracterizarlas como un servicio público, por lo que es necesario analizar sus aspectos individuales para determinar su consideración como tales, independientemente de que el legislador les haya querido otorgar dicho carácter.

#### **4. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN EL PERÚ: CARACTERIZACIÓN JURÍDICA**

Previamente a la caracterización de los servicios públicos locales, es necesario explicar el concepto de servicios públicos adoptado en ordenamiento jurídico peruano. Al respecto, debemos señalar que no se ha configurado en la Constitución de 1993 ni en las leyes sectoriales un concepto uniforme de servicio público. Ha sido el Tribunal Constitucional (2005) el que en una serie de pronunciamientos ha declarado que los servicios públicos tienen una naturaleza esencial para la comunidad, deben tener continuidad en el tiempo, brindarse de manera regular y su acceso se da en condiciones de igualdad.

Sobre estos elementos es posible colegir que los servicios públicos en el Perú son actividades de carácter económico o social de especial trascendencia para el país porque buscan satisfacer necesidades públicas para alcanzar el bienestar general, y cuya organización y prestación pueden realizarse de forma directa o indirecta por la Administración bajo un régimen de derecho público.

El ordenamiento jurídico peruano establece dos requisitos para que una actividad sea calificada como servicio público: su carácter material y su carácter formal (Ramón, 2016). Respecto al carácter material, cabe indicar que se refiere a la naturaleza esencial de la actividad económica o social para la comunidad Zegarra (2005), estando comprendidos servicios como la electricidad, el saneamiento, las telecomunicaciones, la salud o la educación. Es decir, actividades que por su propia finalidad son imprescindibles en una sociedad.

Mientras que, por el lado del carácter formal, se refiere a la necesidad de que dichas actividades hayan obtenido esa calificación a través de una norma de rango legal Zegarra (2005).

En lo que respecta a los servicios públicos en el ámbito local, el numeral 5 del artículo 195 de la Constitución peruana de 1993 dispone que los gobiernos locales son competentes para organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos que sean de su responsabilidad, de acuerdo con el siguiente texto:

Artículo 195.– Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. son competentes para: (...) 5. Organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad (...).

De igual modo, el numeral c) del artículo 42 de la Ley de Bases de la Descentralización establece que son competencias municipales exclusivas las de «administrar y reglamentar los servicios públicos locales destinados a satisfacer necesidades colectivas de carácter local».

En lo que respecta a la LOM, en su artículo 73 prevé que las municipalidades, provinciales o distritales, asumen competencias y ejercen funciones en materia de servicios públicos locales, específicamente en el área de saneamiento ambiental, salubridad y salud; y, en los artículos del 78 al 87 se mencionan las funciones que deben ejercer en virtud de dichas materias, como es la de proveer el servicio de limpieza pública.

Para el caso de los servicios públicos locales, existe entonces una reserva prestacional a favor de las Municipalidades, toda vez que la propia LOM establece que estas actividades son de responsabilidad de tales instancias de gobierno, por lo que en muchos casos dichos servicios son prestados en forma directa siendo los mismos retribuidos a través de los arbitrios (Huapaya 2015).

Resulta necesario, como parte de esta caracterización, efectuar un deslinde de lo que se entiende por servicios públicos locales con aquellas actividades que soportan el ejercicio de función administrativa o función pública –sin aludir al empleo público– ya que en el Perú es frecuente la confusión que se produce entre unas y otras.

Sobre esto último, resulta acertado lo expresado por Ariño (2011) cuando considera que la función pública o función administrativa se desarrolla para la consecución de los fines esenciales del Estado y ello implica naturalmente una actividad soberana que en ningún caso puede quedar a cargo de la iniciativa privada, manifestándose, por tanto, a través de la actividad legislativa, judicial y administrativa (defensa, policía, fiscal y tributaria). Es claro entonces que elementos característicos de los servicios públicos en el ámbito local no pueden asociarse con aquellos que son propios de la función administrativa porque esta última no tiene carácter prestacional, sino que deriva del ejercicio del *ius imperium* del Estado, no puede ser explotable económicamente, y como actividad, beneficia a la colectividad en su conjunto.

## **5. LAS ACTIVIDADES COMPRENDIDAS COMO SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

El glosado numeral 2 del artículo 73 de la LOM ha previsto un conjunto de actividades calificadas como servicios públicos locales. Sin embargo, no todas las actividades nombradas en este precepto, necesariamente califican dentro de la categoría de servicio público, a pesar de que tengan esta denominación legal.

Por ello, es importante identificar qué actividades pueden ser consideradas dentro de la noción de servicios públicos locales, porque independientemente a que la ley le otorgue la titularidad del servicio a los municipios, otra cosa es que los mismos tengan competencia sobre la materia específica de la actividad (Del Guayo, 2004).

### **5.1. El servicio de limpieza pública**

En el artículo 80.3 de la LOM se establece como una función de las municipalidades distritales la provisión del servicio de limpieza pública como parte de su actividad prestacional dentro de su circunscripción geográfica.

El servicio de limpieza pública, en ese sentido, está compuesto por el servicio de barridos de calles y el servicio de recolección de residuos sólidos y tiene por finalidad conservar la salubridad del municipio donde operan (Ramón, 2016).

En el Perú, el servicio de limpieza pública es una prestación brindada por los gobiernos locales a cambio de una contraprestación obtenida mediante arbitrios municipales que son determinados individualmente a cada vecino de un distrito en función a criterios que fueron establecidos por el Tribunal Constitucional (2004) como el uso y el tamaño del predio.

De modo que, se puede concluir por las características de esta actividad, que se trata de un servicio público municipal dado que es una actividad económica dirigida a la utilidad general del público e indispensable para la vida social porque previene los riesgos para la salud, protege al ambiente y trae consigo una mejora en la calidad de vida de la población (Ramón, 2016).

Su gestión puede ser directa o indirecta, ya que, en muchos casos, las municipalidades distritales optan por prestar el servicio directamente a través de una oficina o de una empresa municipal, o lo brindan indirectamente mediante la contratación de un concesionario que se haga cargo de los servicios a cambio de una contraprestación económica (Villar, 2017).

### **5.2. Los servicios de saneamiento**

De la lectura del numeral 1 artículo 80.2 de la LOM, es posible identificar dentro de las competencias de las municipalidades provinciales la administración y reglamentar directa o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe.

Asimismo, de acuerdo al artículo 4.3 de la Ley Marco de gestión y prestación de los servicios de saneamiento, promulgado por Decreto Legislativo N.º 1280, los gobiernos locales son los responsables de asegurar la prestación eficiente de los servicios de saneamiento usando los medios institucionales y económicos.

En el Perú, el servicio de saneamiento es brindado por las entidades prestadoras de servicios de saneamiento («EPS»). Estas son entidades que operan en el ámbito urbano y son constituidas con el único propósito de prestar servicios de saneamiento (Cairampoma y Villegas, 2016). Actualmente, existen 50 EPS, de las cuales 48 son empresas municipales, 1 es una Unidad Ejecutora administrada por el OTASS y la otra es la empresa SEDAPAL administrada por el Gobierno Central.

De esa manera, los servicios de saneamiento cumplen con las características que la califican como servicio público, tal como es reconocido en el artículo III de la Ley Marco de gestión y prestación de los servicios de saneamiento donde se señala que estos servicios son servicios públicos esenciales por su impacto en la salud de la población, el ambiente y el desarrollo económico.

### **5.3. El servicio de atención primaria de salud**

El inciso 2.5 del artículo 80 de la LOM le confiere competencias a las municipalidades para gestionar la atención primaria de salud, así como construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten; así como, realizar campañas locales sobre medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis.

En línea con lo antes expresado, las municipalidades no tienen la titularidad de la prestación de los servicios médicos, ya que, son el Ministerio de Salud y los gobiernos regionales, quienes sí tienen a su responsabilidad la prestación de estos servicios.

De acuerdo con esto último el rol que cumplen las municipalidades solo involucra la realización de campañas, la gestión de la atención primaria a través de postas de salud y realizar el apoyo para la construcción y dotación de equipamiento para estos centros de atención primaria. De esta forma, como actividad, estamos frente a un servicio público social en el que los gobiernos locales tienen la obligación de organizar y gestionar de forma directa.

### **5.4. Los servicios educativos**

En el Perú, la educación es una actividad que constituye un derecho fundamental y, «también un servicio público, dado que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución por el propio Estado o por terceros bajo fiscalización estatal» (Tribunal Constitucional, 2005b).

En el ámbito de la normativa municipal, el artículo 82 de la LOM, dispone que las municipalidades tienen competencias para diseñar, ejecutar y evaluar el proyecto educativo de su jurisdicción, en coordinación con la Dirección Regional de Educación y las Unidades de Gestión Educativas a fin de contribuir en la política educativa regional y nacional. De esta forma, los gobiernos locales tienen competencia para gestionar la prestación del servicio de educación básica dentro de su jurisdicción.

Con el propósito de materializar el ejercicio de las referidas competencias, en el año 2006 se publicó el Decreto Supremo N.º 078-2006-PCM, Plan Piloto de Municipalización de la Gestión Educativa de niveles educativos de inicial y primaria, el mismo que luego fue fortalecido a través del Plan de Municipalización de la Gestión Educativa y Lineamientos del Plan Piloto 2007, aprobado por la Resolución Ministerial N.º 0031-2007-ED, cuyo objetivo fue descentralizar la prestación y gestión de la educación básica a las municipalidades.

Sin embargo, el proceso de municipalización de la gestión educativa se anuló y experimentó un proceso de centralización, ya que, los resultados obtenidos no fueron los esperados. Así, mediante la publicación del Decreto Supremo N.º 022-2010-ED, que pone fin al Plan Piloto, el mismo que fue complementado posteriormente por la Ley de presupuesto público del año 2012.

De esa manera, tratándose del servicio público de educación y prestación en el ámbito de los gobiernos locales, se buscó que éstos ejercieran competencias respecto de su gestión y organización sin tener la titularidad sobre la actividad, sin embargo, los resultados desfavorables truncaron este intento de municipalización de la educación.

### **5.5. Los servicios de tránsito, viabilidad y transporte público**

De acuerdo al artículo 81 de la LOM, las municipalidades tienen competencia para normar, regular, planificar el transporte terrestre, fluvial y lacustre a nivel local, así como normar y regular el servicio público de transporte.

Sin embargo, el precepto no le concede titularidad del servicio, sino que le otorga facultades de control y autorización para los particulares que deseen prestar el servicio de transporte público dentro de su ámbito geográfico.

Esto último se advierte de la lectura de la Ley 27.181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, conforme a la cual los gobiernos locales tienen competencia normativa, de gestión y de fiscalización en el

ámbito del transporte público (Poole, 2016), lo que significa que las municipalidades no tienen competencia para prestar el servicio de transporte público, solo para gestionar su desarrollo y fiscalizar que los particulares lo realicen de manera eficiente y accesible.

Una situación excepcional se advierte en Lima y el Callao, ya que, estas competencias ya no le corresponden a los gobiernos locales de Lima o el Callao, sino que, mediante la Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU), Ley N.º 30900, se le otorgó esta potestad a la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y el Callao.

## **5.6. Servicios de seguridad ciudadana**

Respecto a las actividades consideradas como función administrativa de ámbito local es importante mencionar el caso del serenazgo. Pues bien, de acuerdo con el inciso 1 del artículo 85 de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se establece como función exclusiva de las municipalidades provinciales, establecer un sistema de seguridad ciudadana, con participación de la sociedad civil y de la Policía Nacional del Perú, y normar el establecimiento de los servicios de serenazgo de nivel distrital o de centros poblados en la jurisdicción provincial, de acuerdo a ley.

Por su parte, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y normas modificatorias, establece como competencia y función de dichos órganos de gobierno la seguridad ciudadana; así como dirigir el Comité Regional de Seguridad Ciudadana y formular las políticas en la materia, en concordancia con la política nacional formulada por el Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana (CONASEC) y el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (SINASEC).

Cabe indicar que el Ministerio del Interior es el ente rector del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana (SINASEC)<sup>2</sup>. Entre sus funciones se encuentran las de coordinar la cooperación de la Policía Nacional del Perú y las Municipalidades en materia de seguridad ciudadana, especialmente la articulación de los recursos humanos y logísticos de las Comisarías y los servicios de serenazgo para el patrullaje integrado, bajo comando y liderazgo operativo del Comisario, así como coadyuvar a la organización y capacitación de las juntas vecinales.

En este caso, se colige que el servicio de serenazgo, a pesar de su denominación de servicio público local, no cumple con las características para ser considerado como tal, ya que es una actividad proveniente del *ius imperium* del Estado que no que pueda ser prestada por los particulares y que, en cierto modo, implica el ejercicio de potestades punitivas.

## **5.7. Otras actividades calificadas como servicios públicos locales**

Las otras actividades que la LOM prevé en el artículo 73.2 como servicios públicos locales como son los programas sociales, el abastecimiento y comercialización de productos y servicios, los registros civiles, la promoción del desarrollo económico local y el establecimiento, conservación y administración de parques zonales y zoológicos, sin embargo, no reúnen los requisitos de los servicios públicos locales.

A decir de Danós (2008), estas actividades son propias de la función administrativa que las municipalidades están obligadas a cumplir, y que si bien son denominadas como servicios públicos, lo cierto es que su ejecución deriva de las competencias que son atribuidas a los municipios en atención a las necesidades de la comunidad.

## **6. CONCLUSIONES**

Hasta antes de 1963, los alcaldes y regidores eran nombrados directamente por el Gobierno Central. Por ello, es válido afirmar que el proceso de construcción de los municipios democráticos en nuestro país se inició en 1963 con la primera convocatoria a elecciones municipales. Sin embargo, este proceso se interrumpió por causa del golpe de estado perpetrado por las Fuerza Armadas al mando del General Velasco. El retorno de la democracia permitió reanudar las elecciones democráticas para elegir a las autoridades locales. Así, desde 1980 hasta la actualidad, los alcaldes y los regidores son elegidos por voto popular.

---

<sup>2</sup> Constituye la autoridad técnica normativa de alcance nacional encargada de dictar normas, establecer los lineamientos y procedimientos relacionados con el diseño, la implementación y evaluación de las políticas de seguridad ciudadana y coordinar su operación técnica, así como las formas de articulación entre las diversas entidades involucradas. Es responsable del funcionamiento estructurado, articulado y descentralizado de las instituciones que conforman el Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana.

Respecto al tratamiento constitucional de los servicios públicos locales, cabe manifestar que no tuvo una referencia constitucional hasta la promulgación de la Constitución Política de 1979 en el Perú, la cual se mantiene en la Constitución de 1993 como parte de las competencias de las municipalidades.

En el plano legislativo, la noción de los servicios públicos –aplicable al ámbito local– ha experimentado diversos cambios en su concepción. Así, hemos observado que, a mediados del siglo XIX, se le asociaba a la función aduanera de la Administración. Luego fue tratada como una actividad de utilidad pública para, finalmente, llegar a concebirse como una actividad prestacional de carácter económico o social cuya titularidad está a cargo de un municipio.

Bajo esta definición, se examinaron las actividades previstas como servicios públicos de carácter local en el artículo 73.2 de la LOM, lo que permitió determinar que algunas de ellas, a pesar de tener esta denominación legal, no calificaban en sentido estricto como servicios públicos locales.

Así, a nuestro entender, los servicios de saneamiento y de limpieza pública cumplen con las características del servicio público local de carácter económico, ya que, son económicamente explotables e implican la prestación de una actividad de carácter esencial a una comunidad de vecinos insertos dentro del ámbito geográfico de competencia de una municipalidad distrital o provincial.

Por su lado, en materia de educación y salud, se advierte que estas actividades se insertan dentro de la calificación de servicio público local de carácter social, en la medida que las municipalidades tienen el deber funcional de ejecutar tales servicios que representan también derechos fundamentales de los vecinos.

En el caso del servicio de serenazgo y el servicio de transporte público, sus características nos llevan a calificarla como actividad propia de la función administrativa, ya que, es una actividad proveniente del *ius imperium* del Estado. Asimismo, no es una actividad pueda ser prestada por los particulares, dado que, solamente las municipalidades pueden brindar este servicio porque, en cierto modo, implican el ejercicio de potestades punitivas.

Finalmente en los casos de las actividades de abastecimiento, promoción de la cultura, programas sociales, registros civiles y establecimiento y conservación de parques zonales consideramos que también se trata de actividades derivadas del cumplimiento de las funciones administrativas de los gobiernos locales y cuya competencia les obliga a brindarlos a su comunidad.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### 7.1. Doctrina

- ALJOVÍN, C. (2016): “Ocho verdades sobre las elecciones decimonónicas en el Perú”, en ARAGÓN, J. (ed.): *Participación, competencia y representación política*. Lima (Perú): IEP.
- BASADRE, J. (2005): *Historia de la República del Perú [1822-1933]*. Lima (Perú): El Comercio.
- CAIRAMPOMA, A. & SOLAR, G. (2010): *El régimen legal del servicio universal de telecomunicaciones. El caso peruano del Fondo de Inversiones en Telecomunicaciones – FITELE*. Lima (Perú): Adrus.
- CHIARAMONTI, G. (2016): “Las elecciones del ayuntamiento constitucional en el Cuzco, 1813-1814”, en O’PHELAN GODOY, S. (ed.): *1814: la junta de gobierno del Cuzco y el sur andino*, págs. 99-128. Lima (Perú): Fondo Editorial de la PUCP.
- DANÓS, J. (2008): “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”, en *Revista Themis*, núm. 55, págs. 255-264.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. M. & VILLAR ROJAS, F. J. (2011): *Derecho administrativo y regulación económica: liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley.
- DELGADO DE LA FLOR, C. (2017): *Deconstruyendo la municipalización de los servicios públicos: a propósito del análisis de la pertinencia legal de la creación de empresas municipales prestadoras del servicio público de distribución de gas natural por red de ductos a la luz del actual régimen económico peruano* (Tesis de pregrado). Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DEL GUAYO, I. (2004): “La gestión de servicios públicos locales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 165, págs. 87-133.
- GARCÍA, D. (2016): *Las constituciones del Perú*. Lima (Perú): Fondo Editorial del JNE.
- GIMENO, J. M. (2017): “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, págs. 31-78.
- HUAPAYA, R. (2015): “Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano”, en *Revista Ius Et Veritas*, núm. 50, págs. 394-395.

- LÓPEZ, S. & ALJOVÍN, C. (2018): *Historia de las elecciones en el Perú: estudios sobre el gobierno representativo*. Lima (Perú): IEP.
- MARTÍNEZ-ALONSO, J. L. (2018): “Los debates sobre los servicios públicos locales: Estado de la cuestión”, en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 57, págs. 72-96.
- OCHOA, C. (2013): “El servicio público en la Constitución peruana de 1993”, en *Pensamiento constitucional*, núm. 18, págs. 105-119.
- POOLE, E. (2016): *Rectificando las fallas del mercado: balance del proceso de implementación en Lima del Sistema Integrado de Transporte (SIT) y propuestas para su perfeccionamiento bajo un régimen de servicio público* (Tesis de pregrado). Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PRESCOTT, W. (2017): *Historia de la conquista del Perú: con observaciones preliminares sobre la civilización de los Incas*. Lima (Perú): Ediciones El Lector.
- RAMÓN, M. (2016): *La naturaleza jurídica de la actividad de limpieza pública a cargo de los gobiernos locales* (Tesis de pregrado). Lima (Perú): Pontificia Universidad Católica del Perú.
- TORNOS, J. (2017): “Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 7, págs. 103-114. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i7.10429>.
- TUESTA, F. (2016): *Partidos políticos y elecciones: representación política en América Latina*. Lima (Perú): PNUD.
- VILLAR, F. (2017): “Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*. Nueva Época, núm. 7, págs. 5-18.
- VILLEGAS, P. & CAIRAMPOMA, A. (2016): “El acceso universal al agua potable. La experiencia peruana”, en *Revista Derecho PUCP*, núm. 76, págs. 229-250. DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.v0i7.10420>.
- ZEGARRA, D. (2005): *El servicio público: Fundamentos*. Lima (Perú): Palestra.

## 7.2. Legislación revisada

- ASAMBLEA NACIONAL (1920): *Constitución Política de 1920*. Lima, 18 de enero.
- CONGRESO CONSTITUYENTE (1823): *Constitución Política de 1823*. Lima, 12 de noviembre.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1979): *Constitución Política de 1979*. Lima, 12 de julio.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO (1993): *Constitución Política de 1993*. Lima, 29 de diciembre.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (2018): *Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao (ATU), Ley N.º 30900*. Lima, 28 de diciembre.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (2004): *Ley del sistema de acreditación de los gobiernos regionales y locales, Ley N.º 28273*. Lima, 9 de julio.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (2003): *Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N.º 27972*. Lima, 27 de mayo.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (2002): *Ley de Bases de la Descentralización, Ley N.º 27783*. Lima, 20 de julio.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (1999): *Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley N.º 27181*. Lima, 8 de octubre.
- CONVENCIÓN NACIONAL (1860): *Constitución Política de 1860*. Lima, 13 de noviembre.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2016): *Ley Marco de la gestión y prestación de los servicios de saneamiento, Decreto Legislativo N.º 1280*. Lima, 29 de diciembre de 2016.

## 7.3. Jurisprudencia

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2005a): *Sentencia recaída en el Expediente N.º 00034-2004-PI/TC*. Lima, 15 de febrero.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2005b): *Sentencia recaída en el Expediente N.º 04232-2004-AA/TC*. Lima, 3 de marzo.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2004): *Sentencia recaída en el Expediente N.º 00041-2004-PI/TC*. Lima, 11 de noviembre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ (2003): *Sentencia recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC*. Lima, 11 de noviembre.



## Autores

### Authors

#### **JOSÉ M.<sup>a</sup> BAÑO LEÓN**

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid. Es autor de numerosas publicaciones en el campo del Derecho Público, que abarcan campos tan diversos como la organización territorial del Estado, las fuentes del Derecho, el Derecho Urbanístico, el Derecho de la competencia y el Derecho Público. Es director de la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* del Instituto Nacional de Administración Pública (Gobierno de España).

#### **LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR**

Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba. Sus principales líneas de investigación han sido el Derecho Administrativo sancionador, el procedimiento administrativo, los derechos fundamentales del ciudadano, sobre todo, en los procedimientos de carácter punitivo y la seguridad ciudadana. Es secretaria del Consejo de Redacción de la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* del Instituto Nacional de Administración Pública (Gobierno de España).

#### **JUAN MARTÍN QUERALT**

Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia y Doctor en Derecho, con Premio Extraordinario, por la Universidad de Bolonia (Italia). Doctor Honoris Causa por la Universidad Jaume I de Castellón. Es Catedrático de Derecho Financiero y Tributario por la Universidad de Valencia y Murcia. Abogado en ejercicio.

#### **TOMÁS CANO CAMPOS**

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Realizó los tres primeros años de la Licenciatura en la Universidad de Barcelona y la concluyó en la Complutense de Madrid. Es Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Sus líneas de investigación se centran en la invalidez de los actos y de las normas, las sanciones administrativas, los contratos públicos, la responsabilidad patrimonial de la Administración, el tráfico, los transportes y la movilidad.

#### **MANUEL REBOLLO PUIG**

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba desde 1994. Líneas de investigación: Fuentes del Derecho, organización, actividad, medios y control de la Administración pública, Derecho Administrativo sancionador.

## CONCEPCIÓN BARRERO RODRÍGUEZ

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Entre sus líneas de investigación se encuentran la contratación pública, el procedimiento administrativo, el régimen local, el Derecho de la transparencia pública o la ordenación del Patrimonio Histórico.

## GIANLUCA GARDINI

Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Público de la Información en la Universidad de Ferrara. Actualmente es Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ferrara; Profesor estable de Derecho Administrativo en la Escuela de Postgrado en Estudios de Administración Pública (S.P.I.S.A.) de la Universidad de Bolonia; Director Científico de la Revista *Le Istituzioni del Federalismo*; fue Defensor del Pueblo de la región de Emilia Romagna de 2013 a 2018. Fue Presidente de 2008 a 2013 del Comitato Regionale delle Comunicazioni (CORECOM) dell'Emilia Romagna.

## SILVIA DÍEZ SASTRE

Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid, desde diciembre de 2018 dirige el Instituto de Derecho Local de la misma Universidad ([www.idluam.org](http://www.idluam.org)) y su Máster en Contratación Pública Local. Asimismo, es directora del informe sobre justicia administrativa del Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la UAM desde 2015 ([www.cija-uam.org/informe](http://www.cija-uam.org/informe)). Sus líneas de investigación principales se centran en el Derecho local, el Derecho de la contratación pública, la justicia administrativa y la metodología jurídica.

## ALEJANDRO HUERGO LORA

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Oviedo. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Sus líneas de investigación se centran en el contencioso-administrativo, las sanciones administrativas y los contratos públicos.

## DIEGO ZEGARRA VALDIVIA

Diego Zegarra Valdivia es Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Profesor Principal de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde es Coordinador del Área de Derecho Administrativo y del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA). Sus líneas de investigación son: procedimiento administrativo, servicios públicos, actividad de fiscalización, potestad sancionadora, datos personales y ordenación del territorio.