

# **La actividad de gobierno de las entidades locales y su control jurisdiccional.**

## **Nuevas reflexiones sobre el control de la actividad de gobierno de los poderes públicos**

**Antonio Embid Irujo**  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Universidad de Zaragoza

**SUMARIO: I. INTRODUCCION. SOBRE LA ACTUALIDAD DEL TEMA. II. EL PAPEL BASICO DE LA JURISPRUDENCIA PARA LA CONSIDERACION DE LA PROBLEMÁTICA TRATADA. EL SENTIDO DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA SOBRE LA CUESTION. 1. Un recordatorio de las conclusiones a extraer de la jurisprudencia existente hasta 1991. 2. La reciente jurisprudencia ordinaria sobre la actividad de gobierno de los entes públicos. 3. La intervención del Tribunal Constitucional. La separación entre el gobierno y la administración. III. ACTIVIDAD DE GOBIERNO Y EXENCION JURISDICCIONAL EN EL PLANO DE LA COMUNIDAD EUROPEA. 1. La participación del gobierno en la creación de normas en el ámbito de la Comunidad Europea. 2. La existencia en el Tratado de la Unión Europea de zonas en principio inmunes al control jurisdiccional. IV. EL FRACASADO INTENTO DE ESTRUCTURAR LEGALMENTE LA ACTUACION DEL GOBIERNO. LAS APORTACIONES DE LA LEY 30/1992 Y LAS REFERENCIAS A LOS GOBIERNOS LOCALES. V. LA ACTIVIDAD DE GOBIERNO DE LAS ENTIDADES LOCALES. 1. La autonomía local como fundamento de la actividad de gobierno de las entidades locales. 2. La autonomía, en este caso como derecho fundamental, en el origen de la actividad de gobierno —también exenta de control jurisdiccional— de otras administraciones públicas, las Universidades. 3. La tradición constitucional del gobierno local y la exención de control jurisdiccional en relación a la actividad declaratoria de los entes locales. 4. El ámbito característico de la autonomía municipal: la potestad reglamentaria. Un breve excursus sobre la relación de la ordenanza local con la ley. 5. La potestad de autoorganización, ámbito también típico de la actuación política. 6. La elección y cese de los gobiernos locales, ámbito primigenio de las decisiones políticas. Algún flagrante error jurisprudencial sobre ello. 7. La actividad convencional de los entes locales. 8. El aspecto orgánico de la actuación gubernativa de los entes locales. 9. La dificultad de establecer una tipología de actuaciones de gobierno.**

## I. INTRODUCCION. SOBRE LA ACTUALIDAD DEL TEMA

Durante los últimos años ha cobrado una intensidad e interés creciente entre nosotros, la discusión doctrinal acerca del modo e índole en que los Tribunales deben llevar a cabo el control de la actuación de las Administraciones Públicas <sup>1</sup>. Aun cuando la cuestión no es exclusiva de los profesores de Derecho Administrativo y puede pensarse que, en realidad, nos encontramos ante un problema constitucional y, por tanto, general a cuanto jurista se precie de ello, es en la doctrina administrativista donde el problema se plantea con más profundidad y conocimiento de causa <sup>2</sup>. Ello no es extraño si se tiene en cuenta que, muy probablemente, la cuestión del control judicial de la actuación de las Administraciones Públicas es uno de los supuestos básicos, de los hechos existenciales de la misma concepción del Derecho Administrativo y problema frente al que todo especialista en Derecho Administrativo y, singularmente, el profesor debe, por definición, adoptar posición y postura (y muy probablemente, también y en función de los avatares profesionales, hasta enfrentarse a él desde alguna posición distinta a la de la del profesor <sup>3</sup>). Por otra parte, la cuestión no es exclusiva de la dogmática española sino que es uno de los objetos de preocupación más recurrentes, si se observa el derecho comparado, en los últimos años <sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Aun cuando las citas podrían ser muy extensas pues referencias se encuentran hasta en muchos trabajos que solo tocan tangencialmente la cuestión, a mis efectos me basta con señalar como significativos —y aparentemente contrarios— en este tema, a T.R. FERNANDEZ-RODRÍGUEZ, «Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor», *REDA* 76, 1992, pág. 511 y ss. y L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, ed. Tecnos, Madrid, 1993.

<sup>2</sup> Opiniones sobre el particular en el marco de reflexiones sobre el Gobierno pueden encontrarse en constitucionalistas como L. LÓPEZ GUERRA, «Funciones del Gobierno y dirección política», en las págs. 15 y ss. de D.A. 215, 1988, y L.M. Díez PICAZO, «La estructura del Gobierno en el derecho español», en las págs. 41 y ss. de la misma Revista. En ambos trabajos se postula la exención de control jurisdiccional en el ámbito de dirección política del Gobierno.

<sup>3</sup> Estoy pensando en el Profesor de Derecho Administrativo que ejerce como abogado y para el que el problema del control judicial de la actividad de la Administración es, ciertamente, un problema existencial. Pero lo mismo puede decirse del Profesor que, circunstancialmente, pasa un tiempo de su vida profesional ejerciendo como Juez, o del que es requerido por cualquier motivo para emitir opinión sobre un problema de control jurisdiccional.

<sup>4</sup> Me remito al muy interesante libro editado por J. Abr. *Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, ed. Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1993, 367 págs. y del que doy noticia en una recensión en RAP. Cfr. igualmente mi trabajo «La relación entre los poderes del Estado en la reciente dogmática alemana», *RAP* 115, 1988, págs. 403 y ss.

Dadas las ideas iniciales vertidas en este artículo y en pura línea de coherencia, también y como jurista me he preocupado de estas cuestiones. Después de un trabajo inicial centrado fundamentalmente en el Parlamento y en el control de ciertos actos de dirección del Parlamento por la jurisdicción <sup>5</sup>, abordé la problemática general del control jurisdiccional de los actos de Gobierno en un trabajo específico <sup>6</sup> en el que trataba de explicitar la nueva virtualidad de la cuestión tradicionalmente tratada en nuestro Derecho a partir de la referencia del art. 2.º b) de la LJCA de 1956, dada la existencia de una Constitución que ilumina el complejo sistema de relación entre poderes de forma muy distinta a la del viejo régimen <sup>7</sup>.

Una cuestión como ésta es todo menos estática. Si cambia el ordenamiento jurídico de base, también lo pueden hacer las posturas doctrinales frente a él y, sobre todo y lo más importante, pueden variar o matizarse o abordar nuevos problemas las decisiones jurisprudenciales que sucesivamente van apareciendo y, por supuesto, las mismas actitudes de los poderes públicos. Esto ha sucedido inevitablemente así en este caso. Han aparecido nuevos datos legislativos, también aportaciones doctrinales <sup>8</sup> e, igualmente, nuevas sentencias desde la publicación

---

<sup>5</sup> Cfr. mi trabajo «Actos políticos del Gobierno y actos políticos de las Cámaras parlamentarias. Reflexiones en torno a su control por la jurisdicción contencioso-administrativa», *RCG* 13, 1988, págs. 54 y ss. Un planteamiento general del tema en L. MARTÍN-RETORTILLO, «El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento», *RAP* 107, 1985, pág. 79 y ss. Con posterioridad a estos trabajos se han producido otros varios sobre el control judicial en el ámbito de la información del Gobierno al Parlamento —trabajos con ocasión de variada jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el tema— que no merece la pena explicitar en este lugar dado el objetivo concreto del trabajo

<sup>6</sup> Cfr. «La justiciabilidad de los actos de gobierno. De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos», en las págs. 2697 y ss. del vol. IV de *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, ed. Civitas, Madrid, 1991.

<sup>7</sup> Como puse de manifiesto en mi colaboración al libro homenaje al prof. GARCÍA DE ENTERRÍA, la obra de este profesor que, aunque plural y variada podría centrarse a estos efectos en el clásico *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, cit. por la reed. en ed. Civitas, Madrid, 1974, 99 págs., me parece un punto de partida obligado en nuestra dogmática para cualquier consideración sobre el tema del control jurisdiccional sobre la actividad de la Administración. Los nuevos datos constitucionales y las reflexiones que ellos sugieran, tienen una deuda intelectual impagable con la obra de referencia.

<sup>8</sup> Sin pretensiones de exhaustividad puedo referirme aquí a E. COBREROS MENDAZONA, «Sobre el control de los actos del Gobierno. Aportaciones a una cuestión abierta», *RVAP* 31, 1991, pág. 161 y ss. y Antonio J. PORRAS NADALES «Actos políticos y función de dirección política», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 3, 1992, pág. 129 y ss. Es oca-

de los trabajos a los que se ha hecho referencia en las notas anteriores. Este hecho unido a la oportunidad de refrescar ideas y esquemas que me dio la invitación a pronunciar algunas conferencias sobre la cuestión durante el pasado curso académico <sup>9</sup>, me han sugerido la posibilidad de escribir algunas nuevas consideraciones sobre la cuestión. Ellas no suponen en modo alguno una marcha atrás o desviación sustancial sobre las posturas personales hasta ahora defendidas sino, al contrario, un desarrollo de ideas solo expuestas muy primariamente en los trabajos originales —como todo lo relativo a la actividad de gobierno de las entidades locales— y, a la vez, una suma de nuevas reflexiones que se plasman en las páginas de esta Revista con la exclusiva —y, pienso, sana— intención de seguir suscitando debates o de participar en los ya establecidos sobre los problemas básicos en la configuración de nuestro Estado de Derecho <sup>10</sup>.

## II. EL PAPEL BASICO DE LA JURISPRUDENCIA PARA LA CONSIDERACION DE LA PROBLEMÁTICA TRATADA. EL SENTIDO DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA SOBRE LA CUESTION

Si el objeto de razonamiento y reflexión es la actividad de control de los Tribunales sobre la actividad de gobierno de los Poderes públicos

---

sión de indicar, de nuevo, cómo existen referencias sueltas a la cuestión hasta en trabajos no directamente orientados a este tema. Por su autoridad me parece apropiado citar aquí dos aportaciones del prof. E. GARCIA DE ENTERRÍA en la línea indicada. Cfr. «El concepto de personalidad jurídica en el derecho público», *RAP* 129, 1992, pág. 202 especialmente y «La ampliación de la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativas nacionales por obra del Derecho comunitario. Sentencia *Borelli* de 3 de diciembre de 1992 del Tribunal de Justicia y el artículo 5 CEE», *REDA* 78, 1993, pág. 307 especialmente.

<sup>9</sup> Una en el marco de la Escuela de Administración Pública de Cataluña con el título «los actos políticos y otras vías de exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa» y otra invitado al Seminario de Derecho Local que también en Barcelona es organizado por el Ayuntamiento de Barcelona, la Federación de Municipios de Catalunya, la Diputación de Barcelona y también la Escuela de Administración Pública por la Federación, para hablar sobre «la actividad de gobierno de las entidades locales». Aprovecho para indicar, como viejo invitado de las diversas instituciones nombradas, mi impresión sobre el funcionamiento modélico de ellas y su muy meritoria tarea de formación del funcionario catalán de las distintas Administraciones.

<sup>10</sup> La misma actualidad anima a la reflexión constante sobre el particular. Por su interés me remito aquí a una información aparecida en el Diario «El País» de 16 de enero de 1993, que da noticia de un Auto del TS —que aún no he tenido ocasión de leer— que se declara competente para conocer de recursos presentados por la Asociación Profesional de la Magistratura, la Unión Judicial Independiente y la Asociación de Fiscales, que reprochaban al Gobierno el nombramiento de Fiscal General del Estado en la persona de quien, a decir de los recurrentes, no llevaba 15 años de servicios efectivos en el ejercicio de la carrera judicial tal y como exige el ordenamiento jurídico aplicable. La información indicaba, específicamente, que el

puede inmediatamente comprenderse que, al margen de las necesarias construcciones teóricas, debe prestarse una atención muy especial a lo que establezca la jurisprudencia sobre la índole, características, extensión, límites etc... de esa actividad de control. Ese ha sido uno de los objetivos fundamentales a los que he atendido en los trabajos citados en las notas anteriores habiendo llegado a establecer a partir del estudio de la jurisprudencia postconstitucional surgida hasta la fecha de publicación del trabajo (1991) una serie de conclusiones derivadas del estudio de la línea jurisprudencial correspondiente.

### 1. Un recordatorio de las conclusiones a extraer de la jurisprudencia existente hasta 1991

Entre éstas, y a efectos puramente de recuerdo <sup>11</sup>, destacaría que el acto político (o de gobierno, como con más propiedad debe denominarse) no es un monopolio del Gobierno (con mayúscula), sino que su existencia se acepta para otros Poderes públicos; desde el punto de vista orgánico, en la jurisprudencia postconstitucional sigue afirmándose —como sucedía en la mejor jurisprudencia preconstitucional— que en la Administración del Estado sólo el Gobierno puede emitir actos de gobierno; en otro orden de cosas, el acto de gobierno lo es por su naturaleza, luego debe rechazarse la finalidad política, simplemente, como criterio distintivo de los actos de gobierno; muy interesante es en la jurisprudencia estudiada la configuración del ejercicio de la potestad reglamentaria como parte de la actuación de gobierno, con la consecuencia inherente de la imposibilidad de que una Sentencia obligue a la Administración a dictar un reglamento; en suma y para la jurisprudencia estudiada, el respeto a la división de poderes protegida constitucionalmente es el fundamento del límite a las pretensiones controladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, con lo que se encuentra una base constitucional a la exención de control jurisdiccional en ciertos ámbitos de la actividad de los Poderes Públicos; todo lo anterior no quiere decir que no puedan existir ciertos elementos separables en el acto de gobierno que, por este carácter de separables y como sucede en otros ámbitos como la contratación pública,

---

Auto versaba sobre la consideración de los actos de gobierno y las condiciones de su control judicial. No cabe ninguna duda de que el detenido examen del Auto y, sobre todo, de la Sentencia cuando aparezca será muy importante para iluminar un poco más la problemática tratada. En trámite de corrección de pruebas puedo añadir simplemente, la cita de P. GONZÁLEZ SALINAS, «Dos nuevas Resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno», en *REDA* 79, 1993.

<sup>11</sup> Cfr. A. EMBID IRUJO, «La justiciabilidad...», *op. cit.*, págs. 2712 y ss.

son controlables jurisdiccionalmente, entre ellos podrían señalarse la competencia para dictarlos y el procedimiento que se siga para su emanación; tipificar el contenido de los actos de gobierno es una tarea ciertamente difícil y la jurisprudencia no lo intenta sino que procede caso por caso; en ese sentido la «gestión política», expresión ciertamente indeterminada pero que puede ir concretándose sucesivamente en función del ordenamiento jurídico que enmarca el supuesto, puede servir para la descripción del contenido de estos actos; lo que está claro, si se inicia esa actividad de delimitación, es que hay ciertos ámbitos que son reducto privilegiado de la existencia de actos de gobierno, como el de las relaciones Gobiernos-Parlamentos, que son los que merecen una consideración más clara para la jurisprudencia a esos efectos; la consecuencia de todo lo anterior es que el acto de gobierno está únicamente sometido al control político en la forma que indique la Constitución, el Estatuto o la norma aplicable al caso; por tanto, finalmente y en el campo marcado con anterioridad, el art. 2 b) de la LJCA, es compatible con el sistema constitucional y no inconstitucional de raíz como alguna doctrina ha advertido.

## **2. La reciente jurisprudencia ordinaria sobre la actividad de gobierno de los entes públicos**

Pero como muy fácilmente puede comprenderse, siguen apareciendo sentencias que contienen pronunciamientos interesantes a nuestros efectos sistematizadores. Al margen de una línea jurisprudencial específica centrada en el término «autonomía» y que examinaré en la parte de este trabajo ya dedicada al estudio de los entes locales y su actividad de gobierno, pueden señalarse con posterioridad a la fecha de conclusión del anterior estudio jurisprudencial, dos interesantes sentencias del Tribunal Supremo y un voto particular a una Sentencia de la Audiencia Nacional en cuanto contienen sugerentes reflexiones sobre la materia objeto de consideración.

Es la primera, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1991, Arz 7553 que conoce de la formulación de un recurso por la Unión General de Trabajadores contra la fijación por el Gobierno del salario mínimo para 1987. El recurso indica que el Gobierno no ha seguido diversos indicadores que figuran en el Estatuto de los Trabajadores que regula dicho salario <sup>12</sup> y se pide, consiguientemente, su anula-

---

<sup>12</sup> El art. 27 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, de Estatuto de los Trabajadores indica que «el Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, tenien-

ción por infracción de lo dispuesto en una Ley. Pues bien, en la Sentencia del TS —que concluirá reafirmando la validez de la fijación del salario mínimo por el Gobierno en cuanto declara inadmisibile el recurso formulado por el Sindicato por no poder encuadrarse su actuación dentro de lo prevenido en el art. 1 LJCA— hay párrafos tan interesantes como los que reproduzco a continuación:

«...De modo que, en definitiva, lo que se está pidiendo a este Tribunal es que sustituya al Gobierno en la determinación de uno de los factores, cual es el salario mínimo interprofesional que por sus derivaciones es fundamental para la política económica general del Estado, que es un aspecto de la función política que por imperativo constitucional reflejado en el art. 97 de la Constitución, compete a ese órgano estatal en su dimensión de órgano constitucional, y, ajena, por tanto a su posible actuación como supremo órgano de la Administración».

«En definitiva, el Decreto impugnado, aparece como manifestación de una actividad política, realizada por el Gobierno en ejercicio de una competencia directamente atribuida por la Constitución, no controlable jurisdiccionalmente en los aspectos sustantivos a que se contrae este recurso, por lo que procede declarar la inadmisibilidad opuesta por el codemandado».

En el fondo, lo que está indicando el TS es que los pretendidos parámetros de reducción a la legalidad de la actuación gubernamental contenidos en el art. 27 de la Ley 8/1980 y que, por tanto, excluirían que pudiera calificarse como acto de gobierno la fijación del salario mínimo, no lo son en realidad. La apariencia es la de la construcción por la Ley referida de un marco jurídico de desenvolvimiento de la actuación del Gobierno. La realidad es que ese marco jurídico es tan evanescente que funda, en realidad, una completa discrecionalidad política por parte del Gobierno que el Tribunal se siente incapaz, siquiera, de examinar tangencialmente. Podríamos decir, entonces y como conclusión, que el acto de gobierno puede existir no sólo en ausencia de regulación jurídica de una determinada actividad —en ausencia de parámetro de la legalidad—, sino también coexistir con una regulación jurídica que, en el fondo y materialmente, no construya un camino único de actuación gubernamental que pueda, por tanto, ser controlado por los Tribunales.

---

do en cuenta: a) El índice de precios de consumo; b) La productividad media nacional alcanzada; c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional d) La coyuntura económica general...». El resto del artículo no merece la pena ser citado a los efectos del trabajo.

La segunda Sentencia que quería citar es la de 10 de diciembre de 1991, Ar. 9254, en la que se conoce de una denegación por silencio administrativo de una petición para que el Gobierno elaborara un proyecto de ley sobre integración en un cuerpo funcional de personal proveniente de otro cuerpo. El TS rechazará el recurso con, entre otras, las siguientes frases:

«...lo que los actores piden del Gobierno es que desarrolle, mediante la aprobación de un proyecto de Ley, *una actividad de colaboración con las Cortes Generales*, en el procedimiento de elaboración de una Ley (...) *que es función política que se manifiesta en el ejercicio de competencias del Gobierno como órgano constitucional*, en sus relaciones con otros de esa misma calidad. Lo que determina *la inexistencia de una actividad procedente de una Administración pública*, sujeta a Derecho Administrativo, que es el requisito primario fijado en el artículo 6.º de la Ley 62/1978, *para la procedencia del cauce procesal de protección jurisdiccional que en esa Ley se regula...*».

La doctrina sentada en esta Sentencia recuerda por su proximidad material claramente a aquella que configura el ejercicio de la potestad reglamentaria dentro de la actividad de gobierno. Podríamos decir, entonces, que, en general, la actividad normativa o de iniciativa normativa del Gobierno es parte de su actividad política y, como tal y en cuanto a la decisión de ponerla en marcha, imposible el control jurisdiccional<sup>13</sup>.

Por fin, solo quiero recordar aquí el voto particular del Juez J.A. Rossignoli a la tan renombrada Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de febrero de 1993 sobre la campaña «Póntelo, pónselo».

«Todos convenimos en que la decisión recurrida y la campaña publicitaria responden al ejercicio de la potestad y al cumplimiento de la carga que para los Poderes públicos, en este caso

---

<sup>13</sup> Recuerdo una de las conclusiones sentadas en mi trabajo sobre «La justiciabilidad...», pág. 2737 tras las reflexiones atinentes al ejercicio de la potestad reglamentaria: «Ello puede llevarnos, también, a afirmar como pertenecientes al ámbito del poder político reservado al Gobierno las facultades de elevación de las sanciones administrativas que con autorizaciones bajo la fórmula «podrá» fijan el marco de esa elevación conforme al índice de precios al consumo. Conclusión coherente con cuanto se dice en este punto sería la de configurar como política, igualmente, la decisión de dictar un texto articulado o refundido en el marco de la autorización conferida por las Cortes Generales o los Parlamentos territoriales. La inactividad del Gobierno, en este punto, sólo podría ser objeto de censura política y de asunción plena de la potestad legislativa por el Parlamento una vez transcurrido el plazo de la delegación».



la Administración, se establecen en el artículo 43 de nuestra Constitución y en las normas que la desarrolla, como la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Mas en modo alguno, a mi juicio, puede imputarse a aquellos actos fin distinto al que claramente expresan en coincidencia con el deber de tutelar la salud pública entre otras a través de medidas preventivas, el fomento de la educación sanitaria y la protección de la salud que como derecho corresponde a los ciudadanos. Y ese fin no es otro que el de advertir, informar, especialmente a los adolescentes y preadolescentes, que las relaciones sexuales pueden implicar embarazos no deseados o la adquisición de enfermedades de transmisión por esa vía, añadiendo que el medio preventivo más eficaz es el uso de los preservativos, *fin que, por una parte, responde a la oportunidad política que se desprendía de los estudios e informes sanitarios y sociológicos fundamento de la decisión recurrida*, concluyentes respecto al aumento de embarazos no deseados y de la adquisición del SIDA y de la hepatitis B, entre otras enfermedades de transmisión sexual y, de otro lado, en nada incidían en el ámbito del derecho a la libertad, la libre conciencia, la libertad de acción en cualquiera de sus sentidos o vertientes».

El voto plantea, en lo más crudo y sin discusión posible en los términos que él sienta, la necesidad de que los Tribunales respeten un ámbito de decisión de oportunidad política cuando ésta opera tras la existencia de informes técnicos que ofrecen al responsable político, una posibilidad de actuación no arbitraria ni venida del cielo <sup>14</sup>. Tengo noticias de que la Sentencia ha sido objeto de recurso y, por tanto, tiempo habrá de volver sobre la doctrina definitiva que en este puro campo de la actuación política, siente el Tribunal Supremo.

### **3. La intervención del Tribunal Constitucional. La separación entre el gobierno y la administración**

El anterior apartado está dedicado a la jurisprudencia ordinaria aparecida y la doctrina en ellas contenida se fundamenta, en última instancia, en la necesidad de separar el ámbito de Gobierno del ámbito de Administración. Esta cuestión, —tradicional, difícil, problemática

---

<sup>14</sup> El proceso de razonamiento del texto opera en relación a la discrecionalidad política cuando existe un cúmulo de posibilidades de actuar pero la elegida cuenta, desde luego, con una suficiente fundamentación. En términos semejantes, pero a partir de una consideración más amplia, la discrecionalidad de la Administración cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar...*, op. cit., pág. 116 y ss.

pero, desde luego, capital en el Derecho Administrativo— ha sido objeto de reciente pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, en una sentencia que debe destacarse y unirse a las otras en las que también el TC viene defendiendo, sobre todo en el ámbito de las relaciones Gobierno-Parlamento, un campo exento de control jurisdiccional <sup>15</sup>.

La Sentencia que refiero, muy interesante dogmáticamente pero, también, prácticamente por los efectos que va a tener para el surgimiento de órganos consultivos sustitutivos del Consejo de Estado en las distintas Comunidades Autónomas <sup>16</sup>, es la STC 204/1992, de 26 de noviembre, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 2414/1991, planteada en relación al art. 23.2 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, y en la que en relación al art. 107 CE donde se trata del Consejo de Estado, se indica que:

«Sistemáticamente, no cabe duda de que ésta es la acepción del término “Gobierno” que el art. 107 emplea, pues este precepto se incluye en el Título IV de la Constitución, referido inequívocamente al Gobierno de la Nación y no a otros órganos de naturaleza gubernativa, como los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas. Tampoco cabe entender que, por “Gobierno”, el art. 107 comprenda, en general, el llamado Poder Ejecutivo, incluyendo cualquier Administración Pública, como hace, en cambio, el art. 103 CE, *pues Gobierno y Administración no son la misma cosa y están perfectamente diferenciados en el propio Título IV en que el art. 107 se inserta*. De otro lado, los antecedentes legislativos vienen a confirmar esta tesis, pues precisamente la mención al Consejo de Estado como órgano supremo consultivo “en materias de Gobierno y Administración”, que figuraba en el texto del proyecto de Constitución aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso, fue conscientemente sustituido por la definición más estricta de “supremo órgano

---

<sup>15</sup> En el campo de las relaciones Gobierno-Parlamento, sí, pero desde luego también en otros ámbitos, como en el ejercicio del derecho de petición. Estoy pensando, así, en las Sentencias 45/1990, de 15 de marzo, o en la 196/1990, de 29 de noviembre. En ambas (que he utilizado y comentado con detenimiento en mi trabajo «El control parlamentario del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RVAP* 31, 1991, pág. 179 y ss. al que me remito ahora como, también, a las citas doctrinales allí realizadas), se llega a la conclusión de la constitucionalidad de la exención del control jurisdiccional de las actividades gubernamentales que se contemplan.

<sup>16</sup> El primer ejemplo normativo del que tengo noticia es la Ley 5/1993, de 15 de junio, del Consejo Consultivo de las Islas Baleares (*cit.* por su publicación en el BOE de 18 de agosto de 1993). En todo caso no es este efecto relanzador de la potestad organizativa de las Comunidades Autónomas el que, obviamente, me preocupa a los efectos de este trabajo.

*consultivo del Gobierno*”. Por tanto, del primer inciso de este artículo no se puede deducir que la Constitución imponga la intervención consultiva del Consejo de Estado en relación con la actuación de los Gobiernos y Administraciones de las Comunidades Autónomas».

Se resuelve, así, una cuestión relativamente adjetiva —la relación entre el Consejo de Estado y las Comunidades Autónomas— y se aprovecha para sentar afirmaciones de valor dogmático indudable, sobre todo cuando se contienen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hecho notablemente distinto al de su afirmación por una Sentencia de un Tribunal ordinario o, desde luego, por un autor de la doctrina. En todo caso llamo la atención a que en momento temporal coincidente, también en la Legislación aparecerá una relevante norma donde se contienen afirmaciones semejantes (la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) y que examinaré más adelante en el punto IV de este trabajo.

### **III. ACTIVIDAD DE GOBIERNO Y EXENCION JURISDICCIONAL EN EL PLANO DE LA COMUNIDAD EUROPEA**

Una vez concluída la exposición de la nueva jurisprudencia producida sobre la materia, me parece oportuno hacer unas muy breves reflexiones sobre la virtualidad que la acción de gobierno puede tener en un ámbito supranacional, como es el de la Comunidad Europea. La reflexión se va a hacer en torno a dos hechos muy diferentes entre sí y que no tienen más nexo de unión que la referencia comunitaria: por un lado la participación del Gobierno (del Gobierno de cada país, obviamente, pero en lo que a mis efectos interesa del Gobierno español) en la producción normativa de la Comunidad (1) y, en segundo lugar, en un apunte sobre el ámbito exento de control jurisdiccional en la acción de la Comunidad Europea según el reciente Tratado de la Unión y sus consecuencias (2).

#### **1. La participación del gobierno en la creación de normas en el ámbito de la Comunidad Europea**

No es un tema en el que deba insistirse en demasía el de la complejidad del proceso de creación normativa en el ámbito de la Comunidad Europea. El delicado equilibrio de poderes que debe sustentarse dentro del edificio comunitario, la sucesiva apertura al sufragio directo en la elección del Parlamento y la necesidad de cohonestar el principio democrático y la soberanía de los Estados, llevan en el fondo a una

primacía de la acción del Consejo en el proceso de producción normativa, que sólo se ve frenada por el Parlamento en costosos y trabajosos procesos de informe, cooperación o codecisión<sup>17</sup>. Quien tiene la última palabra en los más sustantivos procesos de creación normativa es, sin duda, el Consejo sin que en este momento se deba descender a más detalles acerca de los pronunciamientos impeditivos (y sus diversas modalidades) de Comisión o Parlamento que pueden tener lugar en el trámite o de los distintos quorums exigidos para el pronunciamiento del Consejo según las distintas materias<sup>18</sup>.

Pues bien, lo que resulta de todo ello es la existencia de un Derecho europeo que bien podríamos calificar como profundamente autocrático en cuanto que aun estando los distintos Gobiernos que participan en el Consejo por su origen legitimados democráticamente —son órganos plenamente ajustados al principio democrático—, choca profundamente con los trámites de producción normativa interna la reducción del «Parlamento» a un papel casi equivalente al del mero comparsa en todo este proceso. La contradicción con la raíz profunda del significado del principio de la reserva de Ley —que sea la directa representación popular quien adopte las decisiones más relevantes, esenciales, para la completa comunidad política— es palmaria. Igualmente debe indicarse cómo en modo alguno está explicitado en ningún precepto de orden externo o interno una procedimentalización jurídica del voto o de las propuestas normativas de cada uno de los Gobiernos en su participación en el Consejo.

Ambos hechos deben resaltarse porque contrastan profundamente, como indico, con el modo de producción de Derecho dentro los ámbitos internos de cada país. Sobre la reserva de Ley no debe profundizarse más, porque parece bastante evidente —y repetido— lo que sobre la misma podría indicarse desde el plano europeo. En el segundo

---

<sup>17</sup> Las referencias doctrinales podrían ser en este punto amplísimas sobre todo teniendo en cuenta, además, los cambios normativos profundos que supone el Acta Unica de 1986 y el Tratado de la Unión Europea de 1992 que llevan consigo, obviamente, un propio tratamiento doctrinal. *Vid.* así, entonces y por todos, el *Tratado de Derecho Comunitario Europeo* (ed. de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO), ed. Civitas, Madrid, 1986, que en su vol. I contiene trabajos dedicados a las instituciones (El Parlamento de A. EMBID IRUJO, El Consejo de Ministros, de M. SÁNCHEZ MORON, La Comisión de L.M. DÍEZ PICAZO), dentro de los cuales hay diversas referencias al proceso normativo. Naturalmente que la referencia es válida para la situación jurídica anterior al Acta Unica y al Tratado de la Unión Europea.

<sup>18</sup> Valga la remisión a los arts. 189 A, 189 B y 189 C del Tratado de la Comunidad Económica Europea según resultan del Tratado de la Unión Europea

aspecto, en la nula procedimentalización de la creación de Derecho desde el punto de vista de la formación y emanación de la voluntad de los Gobiernos, puede indicarse —desde la perspectiva interna, otra vez— la confrontación con el principio de la publicidad que preside los procesos de creación normativa en cada país. Publicidad en los debates parlamentarios, procesos de información y consulta pública en la elaboración de disposiciones de carácter general, publicidad, por tanto en la explicitación de las propuestas y de los votos y posibilidad de manifestación de otros interesados en el marco político y social de sus propias propuestas que pueden, incluso, llegar a ser parte de la norma. Obviamente, y en consecuencia de todo ello, máximo control de esa voluntad política gubernamental explicitada, control político por supuesto y, si procede y en su momento, control judicial también, naturalmente.

En el ámbito interno, y en función de los distintos procesos de creación normativa (Ley nacional, Ley regional, reglamentos con sus informaciones públicas, en su caso, etc.) resulta de ello la construcción de un ordenamiento jurídico con sus propias reglas de funcionamiento (jerarquía, competencia...), que al final y en última instancia es contrastable con la Constitución por medio del pronunciamiento —por las vías que fuere— del Tribunal Constitucional y, en los casos que proceda, por los Tribunales ordinarios. Los Gobiernos, el Gobierno español, entonces, no solo son sometidos al control político en su momento sino que una vez producido el acto normativo, «pierden» (aunque hayan intervenido predominantemente en su creación) el control sobre esa norma y su posición en el ordenamiento jurídico que pasa a los Tribunales y, en última instancia, al Tribunal Constitucional.

En este punto del razonamiento deben interrelacionarse ambos ordenamientos, el europeo y el interno: en ese plano baste con recordar algunas cuestiones ya suficientemente conocidas. En efecto, sabemos ya suficientemente del principio de la eficacia directa de las normas europeas y de la prevalencia del derecho comunitario sobre el interno afianzados en diversa jurisprudencia del Tribunal de Justicia <sup>19</sup>, como para indicar, simplemente, que en las posibles confrontaciones entre ambos ordenamientos —y siempre que nos encontremos ante una materia comunitaria, claro está— la norma de preferencia, de aplicación por las Administraciones y también por los Tribunales internos es la comunitaria.

---

<sup>19</sup> Me parece suficiente en este punto la remisión a S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 127 y ss. especialmente.

Resulta así, entonces, que la participación normativa de un Gobierno en la creación de Derecho europeo, tiene como «efecto directo» (permítaseme que use de esta expresión impropriamente), la modificación de su propio ordenamiento jurídico interno. Y puede tratarse de un Gobierno que ha participado en la creación de ese ordenamiento interno, con publicidad y sometido a control —el adecuado en cada momento— en sus propuestas. O de un Gobierno disconforme con la existencia de un Derecho interno que puede estar hasta alejado de su ámbito de disposición y piénsese, por ejemplo, en regulaciones autonómicas dentro de su respectivo ámbito de competencia. Las situaciones, evidentemente, pueden ser muy variadas.

Pues bien, el control brilla por su ausencia, no tiene ocasión de manifestarse ni en cuanto al fondo ni en cuanto a la forma, en la participación gubernamental en el ámbito del Consejo <sup>20</sup>. Sin la más mínima duda, lo que puede (digámoslo sólo ahora a título de posibilidad) no ser acto de gobierno —exento del control jurisdiccional— en el ámbito interno, resulta serlo ineludiblemente en cuanto se salta al plano europeo. Y el efecto, insisto, de la intervención del Gobierno en la creación de Derecho europeo, puede ser en muchas ocasiones la modificación del Derecho interno propio de su país.

La cuestión no es ni criticable ni alabable, al menos en principio. Solo constatable. Se trata, reconozcámoslo, de una de las condiciones necesarias para el éxito futuro del proceso de unificación europea. Se trata, insisto, de constatar una situación y de resaltarla como una consecuencia, una más, de evoluciones políticas y jurídicas que rompen esquemas difícilmente imaginables en los tiempos de la elaboración del art. 2.º b) de la LJCA y de la construcción doctrinal de la crítica de dicho precepto. Es cierto que la construcción europea lleva consigo mutaciones constitucionales <sup>21</sup>, como sagazmente se ha escrito entre nosotros. Pero esas mutaciones constitucionales implican, también, algunas contradicciones dialécticas en relación a ciertos valores presuntamente adquiridos por nuestra cultura jurídica —como el del control jurisdiccional absoluto de cualquier actividad de los poderes públicos— que la doctrina tendrá que abordar en el futuro valientemente.

---

<sup>20</sup> Cabría referirse aquí a la posibilidad de comparecencias del Gobierno ante su propio Parlamento para explicar su posición ante los temas tratados en las instituciones comunitarias, pero el argumento no es suficientemente fuerte porque, en última instancia, se trata de comparecencias puramente informativas cuando existen. La práctica informa que estas solo se dan en temas muy relevantes. *Vid.* para la situación francesa al nuevo texto de art. 88.4 de su Constitución.

<sup>21</sup> Cfr. el magnífico y sugerente libro de S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, ed. Alianza Universidad, Madrid, 1993.

Porque en caso contrario se llegará a incoherencias injustificables: No es posible, así, abominar en el plano interno de la exención jurisdiccional que lleva consigo la aceptación de la existencia de los actos de gobierno y, paralelamente, aceptar como signo benéfico de los tiempos que corren en torno a la unificación europea, la ruptura del ordenamiento interno que puede provenir de la emanación de un Derecho europeo construido la mayor parte de las ocasiones en el secreto, en el alejamiento del lugar donde va a ser aplicado y, desde luego, sin ningún control ni existente ni, además, postulable en función de los principios estructurales de los Tratados.

Se comprenderá, claro está, que trascendiendo el tema concreto de la actuación de gobierno no fiscalizable, el problema final que se plantea es el de la compatibilidad entre esa mutación constitucional evidente producida tras la firma del Tratado de la Unión Europea (que juega en el plano de la supranacionalidad), y los principios del Estado de Derecho (que han sido construidos doctrinalmente y solo son pensables hoy en día en el plano de las fronteras nacionales cerradas). El tema, por tanto, es demasiado complejo como para abordarlo desde un planteamiento tan cerrado y limitado como el actual y sólo pueden señalarse realidades, constatarse contradicciones y concluir con preguntas todavía sin respuesta. Entre ellas, y la más importante, la de la viabilidad de los principios del Estado de Derecho en esta fase intermedia de la unidad europea en la que nos encontramos, alejados todavía de una Unión política perfecta, con un Parlamento universalmente elegido que reúna todas las competencias normativas que el principio de la soberanía popular, la voluntad popular afirmó como insustituibles hace ahora algo más de doscientos años.

## **2. La existencia en el Tratado de la Unión Europea de zonas en principio inmunes al control jurisdiccional**

Ello unido a otra constatación más y que podría ayudar a resolver algunas de las contradicciones observadas en el punto anterior: es una utopía al margen de cualquier planteamiento realista la de pretender un control judicial absoluto de la actividad de los poderes públicos. Ello podrá ser un postulado doctrinal más o menos acertado, un objetivo que alguien aspire a conseguir, pero es hoy una realidad alejada de cualquier sistema constitucional conocido.

También del sistema europeo que sigue a la rúbrica del Tratado de la Unión Europea. A pesar de que nos encontremos ante una Comuni-

dad todavía más vinculada por el Derecho y por la acción del Tribunal de Justicia que por cualquier otro vínculo material o espiritual <sup>22</sup>, el mismo Tratado de la Unión Europea exceptiona del conocimiento por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a una serie de preceptos del mismo Tratado. La excepción indicada se encuentra en el Artículo L y en función del mismo parece que quedarían alejadas del control judicial las disposiciones generales sobre objetivos y otros principios generales de la Unión (artículos A a F, preceptos, por cierto muy importantes entre los que destaca la asunción por el artículo F de los derechos fundamentales tal y como se regulan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950), la política exterior y de seguridad (artículo J), y la cooperación en asuntos de justicia y de interior (artículo K excepto en lo relativo a los convenios que remitan al propio Tribunal de Justicia la competencia para interpretarlos y dictar sentencia en los litigios relativos a su aplicación).

La cuestión es lo suficientemente importante como para que la doctrina haya llamado la atención inmediatamente sobre su peligro potencial, sobre todo en relación a los derechos fundamentales, y la necesidad, entonces, de superarlo <sup>23</sup>. No es, insisto otra vez, la cuestión de su superación la que me preocupa —con evidentes límites esa superación si se tiene en cuenta que la prohibición de control judicial se encuentra en un artículo del Tratado del que el propio Tribunal de Justicia arranca sus poderes—, sino la de resaltar la habitualidad con que los sistemas jurídicos y para conseguir distintas finalidades (en este caso como garantía de la propia virtualidad y posibilidad de avance del proceso de integración en ámbitos nuevos que abarca la Comunidad por primera vez), pueden configurar ámbitos exentos de control jurisdiccional y cómo la «lucha por el Derecho» no puede nunca olvidar este aspecto dinámico que sobre todo en el plano de lo supranacional, puede darse entre avances en las uniones entre Estados y desvinculación del control judicial de las decisiones que puedan ir

---

<sup>22</sup> La importancia de la actuación del Tribunal de Justicia y del Derecho mismo en la integración europea asombra, a poco que se profundice en el estudio de la cuestión, por su importancia. Al margen de otras citas vid. el expresivo título del trabajo de S. MUÑOZ MACHADO «La lucha jurídica por la integración europea», en las págs. 65 y ss. de su libro, *La Unión europea...*, *op. cit.*

<sup>23</sup> Cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Maastricht*, Bologna, 1992, muy crítico con esta disposición de exención jurisdiccional del artículo L. Igual y en relación a los derechos fundamentales vid. E. PÉREZ VERA, «La protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea», en *Sistema* 114-115, 1993, pág. 149 especialmente.



adoptándose en distintos campos <sup>24</sup>. Un aspecto dinámico que, por definición, puede, por supuesto, adoptar otras formas y, entre ellas, la del pleno control judicial en cuanto se haya llegado a otro estadio completamente distinto en los procesos de integración.

#### **IV. EL FRACASADO INTENTO DE ESTRUCTURAR LEGALMENTE LA ACTUACION DEL GOBIERNO. LAS APORTACIONES DE LA LEY 30/1992 Y LAS REFERENCIAS A LOS GOBIERNOS LOCALES**

Tras la lectura jurisprudencial y la excursión en el ámbito europeo, debe pasarse a otro plano de consideración radicalmente distinto, el normativo, para así poder llamar la atención sobre la falta de articulación normativa de la actuación de gobierno en nuestro país y ello pese a que, en diversas ocasiones a lo largo de la vida constitucional, se ha insistido en la necesidad de proceder a una regulación de ese tenor.

Por los motivos que fuere —y no me corresponde en este trabajo profundizar más sobre la cuestión— no ha podido procederse a esa articulación normativa, al menos de una forma completa y acabada. No obstante, recientemente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, ha procedido a un trabajo de aproximación a una evidente realidad, un trabajo que es preciso sintetizar aquí llamando la atención, de entrada, sobre su aplicación abstracta, también, a las entidades locales en cuanto que el carácter básico de la Ley predetermina esa aplicación. Incluso, podremos advertir, con afirmaciones más o menos perfectas desde un punto de vista jurídico, hay textos en la Ley 30/1992, con los que puede afianzarse la conclusión arriba alcanzada (y en la que profundizaré en el siguiente punto) de la aplicación a las entidades locales de la construcción jurídica de los actos de gobierno.

Así, y en primer lugar, esta realidad aparece ya en la Exposición de motivos de la Ley, donde en su punto primero se dice que:

«En el ordenamiento que tuvo su origen en el régimen autocrático precedente se venía reduciendo el Gobierno al Organismo superior en que culmina la Administración del Estado y en conse-

---

<sup>24</sup> El prof. GARCÍA DE ENTERRÍA recuerda en su trabajo la posición inglesa claramente favorable a esta cláusula de exención jurisdiccional que parece una de sus condiciones para la rúbrica del Tratado.

cuencia, concibiéndolo como un mero apéndice o prolongación de la misma, con la que compartiría en buena medida, su naturaleza administrativa. *El artículo 97 de la Constitución arrumba definitivamente esta concepción y recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar, inspirada en el principio de legitimidad democrática.* Se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política de dirección del Gobierno».

Separación, por tanto, de la actividad gubernativa y de la administrativa como presupuesto conceptual presente en la misma Exposición de motivos y en posteriores menciones en el cuerpo articulado de la Ley.

La primera mención que contiene el articulado es de tipo general y, desde el punto de vista dogmático, de un valor poco usual. Se trata del art. 3.3 donde se contiene la separación entre Gobierno y Administración y, a la vez, la dirección de la Administración por parte del Gobierno, de los múltiples posibles gobiernos:

«Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración Pública se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del ordenamiento jurídico».

Existen, pues, gobiernos locales, autonómicos y, por supuesto, el Gobierno de la Nación. Todos ellos dirigen la Administración, que es, sustancialmente, una organización orientada al cumplimiento de objetivos cuya fijación le es ajena y es realizada por las leyes y el resto del ordenamiento jurídico o, dicho de otra forma, por los órganos que tienen la competencia de aprobar dichas normas.

Esa evidente existencia de un ámbito gubernativo, de gobierno, con principios y régimen distinto que el aplicable a la Administración es reafirmada desde distintos ámbitos cuando se avanza en el examen del articulado de la Ley. Al menos dos referencias expresas podrían hacerse en este lugar: En una de ellas, se guarda silencio respecto a los entes locales y en la otra, con menciones generales, se exceptiona también a los órganos colegiados locales de la aplicación de las normas administrativas de los órganos colegiados contenidas en la Ley 30/1992. Veamos ambos textos con los comentarios precisos:

— La primera referencia está presente en el art. 37 de la Ley que regula el derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Pues bien, en relación al ejercicio del derecho de acceso a archivos y registros, el apartado 5.º precisa las posibilidades de negación de ese derecho en relación a una serie de expedientes:

«El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes:

a) Los que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo».

— Por su parte, la disposición adicional primera de la Ley indica que:

«Las disposiciones del Capítulo II del Título II de la presente Ley no serán de aplicación al Pleno y, en su caso, Comisión de Gobierno de las Entidades Locales, a los órganos colegiados del Gobierno de la Nación y a los Órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas».

En ambos textos es dable advertir el aspecto de actividad gubernamental —al margen de la posibilidad de cumplimiento también de funciones sometidas al Derecho Administrativo, cuestión sobre la que, por su obviedad, no es caso insistir aquí— presente en los órganos que dirigen las Administraciones y la consiguiente falta de aplicación de preceptos que, específicamente, se dirigen a regular ese régimen administrativo. En el primero de los casos —el derecho de acceso— es más que significativo encontrar cómo la afirmación general, principal, de la posibilidad de acceso presente en el art. 37.1 (congruente, por otra parte y como no podía ser menos con el art. 105 CE), va acompañada de la posibilidad de negación cuando, precisamente, se refiere a actuaciones de los gobiernos, por principio no sometidas al Derecho Administrativo.

En este caso, la ausencia de referencias a los gobiernos locales tiene una fácil explicación hallable en el proceso de elaboración parlamentaria de la Ley, lo que no exime de una crítica a esa ausencia que es incongruente con el presupuesto mismo presente en la exposición de motivos y en el art. 3.3<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Sobre la cuestión más específicamente vid A. EMBID IRUJO, «El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos», en las págs. 99 y ss. de *La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, (dir. por J. LEGUINA VILLA y M. SÁNCHEZ MORON, ed. Tecnos, Madrid, 1993).

En el segundo de los supuestos, la puesta en pie de igualdad de los gobiernos locales al lado del de la Nación y de los autonómicos, informa bien a las claras de la necesidad de tener en cuenta regímenes específicos, distintos de los administrativos, para la actuación gubernamental, lo que en nuestro caso, lleva directamente a los preceptos que en la LBRL y normas de desarrollo disciplinan la actividad de Ayuntamiento Pleno, Comisión de gobierno etc...

Naturalmente que los preceptos citados son significativos pero a lo más sólo un indicio de una regulación general que debería, en hipótesis, llegar y que todavía no ha llegado. Y que no sabemos si, alguna vez, podrá llegar en cuanto que la esencia misma de la regulación jurídica de una actividad que, se precisa por principio, está al margen del derecho y del control judicial en cuanto a su fondo, es más que cuestionable que pueda ser alcanzada con relativa facilidad. En todo caso tómense estos preceptos como otro punto de partida más en el avance y diseño completo de la tarea encomendada.

## **V. LA ACTIVIDAD DE GOBIERNO DE LAS ENTIDADES LOCALES**

Llegamos, tras esta larga exposición inicial, a lo que quiere ser uno de los núcleos fundamentales del presente trabajo: la reflexión sobre la actividad de gobierno de las entidades locales y sus características. Para ello voy a partir de una consideración elemental: a pesar de todo lo afirmado en el punto anterior sobre el tratamiento del «gobierno local» en la Ley 30/1992, es lo cierto que escasos avances —aparte de su constatación y de servir para afianzar determinadas posturas—, pueden hacerse con apoyo en regulaciones tan escuetas y parciales. Hay, sin embargo, otra posibilidad de proceder con más seguridad tanto por su fundamento —la misma Constitución— como por la relativa antigüedad y profundidad del razonamiento: la reflexión en torno al principio de autonomía de las entidades locales y sus consecuencias (arts. 137 y 140 CE). Un principio de autonomía que cuenta con toda una jurisprudencia constitucional y profundos estudios doctrinales detrás y que ya utilicé en su momento para incluir a las entidades locales dentro de las productoras posibles de presumibles actos de gobierno.

### **1. La autonomía local como fundamento de la actividad de gobierno de los entes locales**

Recuerdo, entonces, la propia cita original, ciertamente no excesivamente ampliada en su momento, pero a partir de la cual pretendo seguir ahora el proceso de razonamiento complementario y desarrollador

al que me referí al comienzo de este trabajo como uno de los objetivos fundamentales del mismo.

«La mayor problematicidad jurídica —cuantitativa y cualitativamente considerada— se plantea sólo, no obstante, respecto de los actos políticos del Gobierno o de los gobiernos de las Comunidades Autónomas, *pero la predicación constitucional de la autonomía para los entes locales y la consiguiente construcción de un ámbito de "gobierno local" hace posible que también los entes locales puedan producir actos políticos y, por tanto, insusceptibles de control jurisdiccional*. Es obvio, sin embargo, que las posibilidades de producción de actos políticos por los entes locales son más escasas en cuanto los órganos locales —Alcalde, Presidente, Diputación, Ayuntamiento Pleno, Comisiones de Gobierno etc...— están imbuídos, fundamentalmente, de facultades administrativas»<sup>26</sup>.

Es, así, la misma declaración constitucional de autonomía y su contenido (sustancialmente la posibilidad de optar por propias determinaciones dentro del marco genérico del ordenamiento jurídico) quien me llevó —junto a otros autores, como indico en la nota inmediatamente anterior— ineludiblemente a afirmar ese aspecto político. Por supuesto que conviene decir que las referencias doctrinales no son un ejemplo de tratamiento meramente teórico, sino que son hoy plenamente sustentadas por la jurisprudencia en la que también se encuentra esa afirmación del «componente político de las corporaciones locales». Vid., así, por ejemplo, las siguientes consideraciones de una sentencia bien reciente que reafirma lo indicado en este sentido:

«Que, si bien es cierto *cómo la autonomía municipal*, como poder para la gestión de sus respectivos intereses, debe ejercerse en el marco del ordenamiento, siendo la Ley en definitiva la que concreta el principio de autonomía de cada tipo de entes, de acuerdo con la Constitución, *no puede desconocerse en los municipios la existencia de un cierto "componente político" que le viene atribuido a la Corporación por el origen democrático de sus componentes* que son elegidos por sufragio universal, libre, secreto y directo en la forma establecida por la Ley y que tienen como misión fundamental el gobierno y la administración del municipio cuyo respeto en cierta manera garantiza la Constitución, no pu-

---

<sup>26</sup> Cfr. A. EMBID IRUJO, «La justiciabilidad...», *op. cit.*, pág. 2735. En ese trabajo citaba en nota a otros autores (PAREJO ALFONSO, SÁNCHEZ MORON) en los que se encontraban consideraciones semejantes.

diendo ser desconocido por el Estado, en ningún caso, y *sólo por razones de defensa de los intereses nacionales que le están encomendados podrá el Poder del Estado limitar dicha iniciativa municipal*, sin que sea admisible en la actualidad cualquier otro control patrocinado por razones de tutela o estructura jerárquica, *por ello serán exclusivamente "las razones constitucionales" las que legitimen al Estado para limitar el juego efectivo de la autonomía municipal*». (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991).

Bien es cierto que la sentencia recogida utiliza la referencia al «componente político» sólo para oponerse al posible control administrativo del Estado, no al judicial que ni se plantea en el supuesto, pero en todo caso es bien representativa de una primera constatación elemental que había que llevar a cabo para seguir avanzando: que las entidades locales adoptan decisiones en función de criterios políticos. Que esos criterios no tengan, además, parámetros legales de control, o que éstos sean completamente amplios e indeterminados es lo que podrá fundar, además, la imposibilidad de control judicial en cuanto al fondo de la decisión adoptada. Pero sigamos adelante.

## **2. La autonomía en este caso como derecho fundamental, en el origen de la actividad de gobierno —también exenta de control jurisdiccional— de otras administraciones públicas, las universidades**

Si la jurisprudencia tiene que ser nuestro referente constante, en algunos casos para apoyarnos en sus conclusiones y razonamientos y en otros para discrepar de las reflexiones en ella producidas, no cabe la menor duda de que en este punto del trabajo y a los efectos que se quieren conseguir, en el momento presente hay que comentar una Sentencia del Tribunal Constitucional, la 130/1991, de 6 de junio, en la que la autonomía (en este caso la autonomía de las Universidades que desde la Sentencia del mismo Tribunal Constitucional 26/1987, de 26 de febrero es configurada como un derecho fundamental <sup>27</sup>), aparece como ele-

---

<sup>27</sup> Sobre el tratamiento de esta sentencia y en general sobre el principio de la autonomía universitaria me remito al trabajo de J. LEGUINA VILLA, «La autonomía universitaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en las págs. 1199 y ss. del vol. II de *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, ed. Civitas, Madrid, 1991. Para la jurisprudencia posterior a este trabajo y con otras consideraciones, *vid.* A. EMBID IRUJO, «La autonomía universitaria: Límites y posibilidades a través de la reciente jurisprudencia constitucional y ordinaria», de próxima publicación en *Autonomías*.

mento justificador de la exención de control jurisdiccional en relación a una decisión de una Universidad. Se comprenderá inmediatamente y después de la sucinta narración de la cuestión objeto de controversia, que la Sentencia referida, aún con un sujeto evidentemente distinto de una entidad local, puede contener una doctrina más que extensible al planteamiento que queremos hacer respecto a las entidades locales. Autonomía como derecho fundamental o como garantía institucional <sup>28</sup>, es una característica común que reúne a unas Administraciones (Universidad y entidades locales) aproximadas por una protección constitucional (de la que ahora deberemos desvelar un aspecto) frente a las actuaciones de otros poderes públicos. Entre ellos y en las condiciones que sienta la Sentencia del Tribunal Constitucional indicada, el poder judicial.

En el supuesto, la Universidad de Valencia había adoptado la decisión de modificar el emblema de la Universidad. En el primer recurso ante la Audiencia valenciana, la decisión de la Universidad había sido anulada. Cuando la cuestión llega, por fin, al TC tras el recurso de amparo de la Universidad, el derecho fundamental a la autonomía universitaria será el argumento decisivo para que se reafirme la legitimidad de la decisión universitaria y paralelamente la imposibilidad de control judicial en el ámbito protegido por la autonomía. La cuestión es, pues, francamente importante y trasciende de la mera consideración de la autonomía universitaria para poder aplicarse a otros ámbitos —a éste de los entes locales, por ejemplo— y hasta a constituirse en parte esencial en la configuración del sistema de relaciones entre poderes que contiene la Constitución. Por ello, voy a dedicar un amplio espacio, más que merecido, a la reproducción de la doctrina constitucional.

El TC parte, primero, de la exposición y planteamiento general de la problemática que pretende resolver:

«Por consiguiente, conviene ya precisar que lo que se ventila en este proceso constitucional no es tanto el ámbito o el contenido material de la autonomía universitaria, *sino más bien el alcance del control judicial de una concreta decisión adoptada por dicha*

---

<sup>28</sup> En el fondo la diferencia fundamental entre derecho fundamental y garantía sería la posibilidad de defensa jurisdiccional por medio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, del titular del derecho fundamental pero no del de la garantía institucional. Pero como muestra de las proximidades de fondo, que la defensa jurisdiccional no cambia, entre las instituciones valgan las siguientes palabras del Magistrado RUBIO LLORENTE en su voto particular a la Sentencia 26/1987, de 27 de febrero: «Como es obvio, las instituciones jurídicas no cambian necesariamente de naturaleza en función de cuál sea su protección procesal y una garantía institucional no deja de serlo por el hecho de estar protegida por el recurso de amparo».

*institución en el ejercicio de su autonomía, de suerte que el objeto del presente recurso de amparo no es determinar si la capacidad de elegir sus propios símbolos constituye o no una extralimitación de la autonomía universitaria, sino decidir si la revisión jurisdiccional llevada a cabo por el órgano judicial del acuerdo adoptado por el Claustro Constituyente interfiere la autonomía universitaria o, por el contrario, se ciñe a los márgenes de fiscalización y control que el derecho constitucional de autonomía permite a la intervención judicial» (fdo. jdo. 3).*

Sentada exactamente la materia objeto de preocupación, el alcance del control judicial en un ámbito que cae dentro del contenido protegible por la cláusula de la autonomía universitaria, se explicitan por el TC unas afirmaciones teóricas, de principio, de indudable valor tanto para este caso como para cualquier otro de la misma índole que en el futuro pudiera plantearse:

*«En un Estado democrático de Derecho que proclama como valores superiores del ordenamiento la libertad y el pluralismo político, la vía natural de expresión de la idea y del contenido que la sociedad —en nuestro caso la comunidad universitaria— tiene del interés público vigente en cada momento, cuando se trata de la adopción de acuerdos que llevan consigo opciones de naturaleza primaria o prevalentemente política —como los adoptados por el Claustro Constituyente en representación de la comunidad universitaria y en ejercicio de su autonomía— lo constituye la voluntad mayoritaria de los órganos representativos, formada en debate público y a través de los procedimientos jurídicos establecidos, cuya observancia queda sujeta en todo caso al control de Jueces y Tribunales» (fdo. jdo. 5.º).*

El interés público, por tanto, lo concretan los órganos representativos siguiendo procedimientos ya establecidos. Los Tribunales, entonces, controlan la observancia de los correspondientes procedimientos, pero no se inmiscuyen —hasta lo que lleva indicada esta Sentencia— en la determinación del interés público. En todo caso, esto último necesita de más desarrolladas explicaciones en la propia Sentencia en donde, textualmente, se van a indicar los ámbitos positivos de control de los Tribunales (la llamada por el Tribunal «configuración legal de la autonomía universitaria», lo que podríamos denominar también como el parámetro de la legalidad de este derecho fundamental de configuración legal <sup>29</sup>) diferenciándolos

---

<sup>29</sup> En otra Sentencia también relativa a la autonomía universitaria, el TC situará en el artículo 13.º de la LORU, lo fundamental de ese parámetro de la legalidad. Cfr. la STC 196/1990.



de las zonas vedadas al control judicial, lo que la Sentencia sitúa en el ámbito de las decisiones de oportunidad. Veamos el razonamiento del TC:

«A estos les corresponde asimismo la revisión jurisdiccional de los poderes que la LRU otorga o reconoce a las Universidades, de forma que ni padezca la legalidad ni la autonomía universitaria. *De ahí que este control judicial, de una parte, deberá atenerse a la configuración legal de la autonomía universitaria sin imponer a ésta límites que no quiso establecer el legislador de la LRU, y, de otra, habrá de respetar el núcleo de libertad de la decisión, fruto de la autonomía, que en cada caso se considere más conveniente o adecuada a los intereses de la propia Universidad; pero lo que le está vedado al órgano judicial es situar el control de legalidad en los confines de la oportunidad de la decisión libremente adoptada en ejercicio de la autonomía y rebasarlos, como ha sucedido en el caso que nos ocupa»* (fdo. jdo. 5.º).

Por fin, el TC va a sacar las pertinentes consecuencias de cuanto se ha venido explicando con brillante texto y claro sentido pedagógico:

«En consecuencia, debemos terminar diciendo sintéticamente que los argumentos de diversa naturaleza (históricos, emocionales, heráldicos), pero todos ellos de oportunidad o conveniencia, fueron aducidos y defendidos durante el proceso de formación de la voluntad claustral y no prosperaron ante la mayoría, que optó por cambiar los símbolos emblemáticos de la Universidad de Valencia. *Lo que no es posible es convertir por vía judicial aquéllos argumentos de oportunidad en impedimentos jurídicos para el legítimo ejercicio por aquel Claustro Constituyente del derecho fundamental de autonomía universitaria.* En consecuencia procede declarar legítimo aquel acuerdo, que no vulneró ningún derecho fundamental ni contradice precepto legal alguno, y anular las Sentencias que lo anularon» (fdo. jdo. 5.º).

La Sentencia es importante. Lo es su fallo y lo es su línea discursiva. Naturalmente que siempre queda abierto tras éste y tras cualquier otro fallo la cuestión del discernimiento de cuándo nos encontramos en el ámbito de la oportunidad política y cuándo, por el contrario, en la aplicación de pautas legales regladas. Pero la solución en éste como en cualquier otro caso no puede darse de forma general sino, solamente, remitirse al tratamiento del ordenamiento jurídico sectorial de cada supuesto. Allí, otra vez, donde no existe respuesta en el ordenamiento a un problema, o donde los parámetros utilizados por el ordenamiento equivalen, en realidad, a una falta de respuesta, nos encontramos en el

ámbito de la discrecionalidad, de la oportunidad política en donde los Tribunales deben abstenerse de entrar <sup>30</sup>.

Esa metodología necesaria de proceder caso por caso hace presumir repetidos conflictos jurisdiccionales. Algo así ha sucedido en la jurisprudencia ordinaria con la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1992 (Actualidad Administrativa 370) que se ha enfrentado a otra decisión también «simbólica» de la misma Universidad de Valencia, como es la de denominar como lengua «catalana» a la que los alumnos de primer curso pueden recibir como complemento de su enseñanza (acuerdo de la Universidad de Valencia de 20 de junio de 1986 según se indica en la Sentencia referida). La Sentencia del Supremo no ha dudado, al contrario de lo sucedido en la Sentencia del Tribunal Constitucional, en anular esa decisión en cuanto que ha encontrado un parámetro evidente para confrontar su legalidad, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma, que da denominación de «valenciana» y no de catalana a la oficial de la Comunidad. El tema es, obviamente, político como reconoce paladinamente el Tribunal Supremo con palabras que reproduzco:

«El fondo del asunto no es académico ni lingüístico, y esto lo saben bien las partes enfrentadas en este recurso. *El fondo del asunto es político, y hay que comenzar por reconocerlo para no perdernos en eufemismos inútiles.* El fondo del asunto constituye una manifestación de un grave desacuerdo que existe desde hace años en la sociedad valenciana. *En cuanto conflicto político, es inviable para ser llevado ante Jueces y Tribunales, salvo en aquellas manifestaciones (como la de la lengua) que han sido asumidas y resueltas por el Derecho»* (fdo. jdo. 9.º).

El problema y su solución reside, entonces, en encontrar el marco jurídico adecuado que a pesar de ese aspecto político resuelva el conflicto. Es, como he indicado, el Estatuto de Autonomía quien afronta y, pienso, resuelve el tema <sup>31</sup> y por ello el acto puede ser controlado y, consiguientemente en cuanto contradictorio con el ordenamiento jurídico aplicable, anulado. Veamos la acertada forma de exposición de la idea por parte del Tribunal Supremo:

---

<sup>30</sup> Para más amplias consideraciones sobre esta Sentencia del Tribunal Constitucional me remito a mi trabajo «La autonomía universitaria...» *cit.*, con anterioridad.

<sup>31</sup> Cfr. art. 7.1: «Los dos idiomas oficiales de la Comunidad Autónoma son el valenciano y el castellano. Todos tienen derecho a conocerlos y usarlos» (y siguen otros párrafos del mismo artículo insistiendo en la denominación de valenciano).

«Hoy por hoy, por lo tanto, la polémica está solucionada desde el punto de vista jurídico: la lengua autóctona de la Comunidad Autónoma se llama “valenciana” porque así lo ha querido el ordenamiento jurídico. No asumirlo así será muy acertado (o no) desde la perspectiva política, pero es una flagrante violación de la letra y el espíritu de las leyes» (fdo. jdo. 9.º).

Por fin, la decisión que adopta el Tribunal se confronta con el principio de la autonomía universitaria no encontrándose ningún argumento para rebatir la decisión de anulación:

«Y esta conclusión no viola el derecho a la autonomía que a las Universidades reconocen los artículos 27.10 de la Constitución y 3.2 de la Ley Orgánica de Reforma Universitaria 11/83, de 25 de agosto. Entre las facultades que comporta esa autonomía, y que son muchas, no está la de, cual si de un partido político se tratara, (artículo 6 de la Constitución), la Universidad participe como tal institución en las contiendas políticas» (fdo. jdo. 12.º).

### **3. La tradición constitucional del gobierno local y la exención de control jurisdiccional en relación a la actividad declaratoria de los entes locales**

Pues bien, concluído este argumento de «autoridad» consistente en la apelación al Tribunal Constitucional, es hora de volver al ordenamiento jurídico de los entes locales. Al margen de que debamos centrarnos en el derecho positivo ahora vigente para encontrar ejemplos y modulaciones de esta actividad de gobierno de los entes locales, convendría señalar que, aquí también como en el plano de las consideraciones generales, la separación de lo gubernativo y de lo administrativo y las consecuencias sobre el control jurisdiccional, se apoyan en la existencia de un régimen constitucional, de una separación de poderes, de una situación tanto jurídica como política, en conclusión y en esencia, sustancialmente distinta de la preconstitucional. Por ello es más que comprensible que en el mismo momento de la transición política, cuando resurge, de nuevo, la tradición del «gobierno local» y los Ayuntamientos y Diputaciones aparecen como lo que genuinamente son, órganos representativos de colectividades y gestores de intereses también colectivos, se plantee la cuestión del control —en principio gubernativo, pero luego sometido éste a la revisión de los tribunales— de la actividad «política» de los entes locales.

Estoy recordando con ello un trabajo del prof. Leguina Villa <sup>32</sup> donde se contemplaba el problema relativo a la suspensión por el Gobernador civil, con la posterior impugnación ante los Tribunales (como regulaba el control de los acuerdos locales la entonces vigente Ley de Régimen Local) de acuerdos de determinados Ayuntamientos guipuzcoanos que pedían la reintegración foral, la redacción de un Estatuto de Autonomía y la ceremonia del juramento de fueros. Eran acuerdos adoptados en 1976 y 1977. La Sala de la Audiencia Territorial de Pamplona rechazó la suspensión por que no se infringía el «orden constitucional vigente «(sic tendríamos que apostillar hoy a lo de constitucional) y, también, porque la suspensión no es aplicable, decía el Tribunal referido, a los acuerdos que, como las declaraciones de voluntad, carecen de fuerza ejecutiva.

Al margen de esta última e interesante cuestión que, a los ojos de los planteamientos actuales podría hacernos derivar hacia otras cuestiones, es lo cierto que el prof. Leguina Villa defendía con brillantez la opción de la sentencia fundamentando en la libertad de expresión, en el carácter representativo de los Ayuntamientos y en su capacidad de adoptar decisiones políticas, la imposibilidad de proceder a un control gubernativo (y, por extensión tendríamos evidentemente que decir hoy, judicial). Recordemos, simplemente, las palabras de este profesor:

«Los Ayuntamientos guipuzcoanos no han decidido nada sobre tan graves cuestiones políticas, ni por cierto podrían hacerlo, sino que, *en su condición de órganos representativos de sus respectivas comunidades vecinales, se han limitado pura y simplemente a proponer y pedir nuevas orientaciones y soluciones a dichas cuestiones.* Esta es la perspectiva correcta desde la que debe enfocarse el problema de la competencia municipal sobre tales materias, y desde esta perspectiva dicha competencia parece incuestionable, *puesto que los Municipios son aquellos entes políticos que constituyen las "estructuras básicas de la comunidad nacional" (art. 45.1 LOE), con capacidad para satisfacer "las necesidades generales" y "las aspiraciones ideales de la comunidad municipal"»* <sup>33</sup>.

Y añadía más adelante que:

«No hay, pues, tal infracción de la legalidad constitucional, *sino solamente una discrepancia de naturaleza política entre el criterio*

---

<sup>32</sup> Trabajo titulado «La potestad gubernativa de suspensión de acuerdos locales que infrinjan manifiestamente las leyes: alcance y límites», *RAP* 82, 1977, págs. 9 y ss.

<sup>33</sup> Cfr., *op. cit.*, pág. 18.

*del Gobierno civil y el preconizado por la representación de los entes locales vascos, lo cual sitúa el problema en un terreno —el de la oportunidad, conveniencia o acierto de los acuerdos adoptados— en el que, como es bien sabido, la Administración del Estado carece de toda potestad de control»* <sup>34</sup>.

Me parece obvio decir, que estas líneas escritas hace bastante tiempo, mantienen toda la actualidad a nuestros efectos y que hoy, efectivamente, no podría defenderse un sistema de control judicial de la actividad declarativa de los gobiernos locales (acuerdos, declaraciones institucionales, manifestaciones de deseo, apoyos a actos internacionales, protestas etc..) pues, modernizando el argumento de sentencia y profesor, la cláusula de autonomía municipal reflejada en la Constitución impediría tanto la suspensión —excepto en supuestos de violación grave del orden constitucional, ex. art. 67 LBRL— como la sustitución de la voluntad del ente local.

#### **4. El ámbito característico de la autonomía municipal: la potestad reglamentaria. Un breve excursio sobre la relación de la ordenanza local con la ley**

Usualmente se ha señalado a la potestad reglamentaria como una de las manifestaciones fundamentales de la autonomía local, incluso en razón a la misma etimología de la palabra «autonomía» <sup>35</sup>. Pues bien, conviene indicar ahora en línea de lógica coherencia con lo arriba manifestado y, también, en paralelismo con los planteamientos que pueden deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que la potestad reglamentaria local en principio y en abstracto nos sitúa ante uno de los ejemplos de lo que se quiere indicar con actividad de gobierno de los entes locales <sup>36</sup> con las consecuencias ínsitas a la posible exención del control jurisdiccional.

Por supuesto que lo que se dice en el párrafo anterior debe entenderse en sus justos términos. En modo alguno se pretende decir que el «contenido» de las Ordenanzas o reglamentos, el procedimiento de ela-

<sup>34</sup> Cfr., *op. cit.*, pág. 22.

<sup>35</sup> Cfr. A. EMBID IRUJO, «Ordenanzas y reglamentos municipales», en el vol I. del *Tratado de Derecho Municipal*, ed. de S. MUÑOZ MACHADO, Civitas, Madrid, 1988, págs. 389 y ss. y posteriormente la STC 214/1989 afirma lo propio de forma expresa.

<sup>36</sup> Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar...*, *op. cit.*, pág. 93.

boración de las mismas o la competencia del órgano para aprobarlas no puedan ser objeto de control judicial. Quien así lo afirmara estaría, simplemente, ignorando el art. 1.º de la LJCA y los mismos supuestos del Estado de Derecho que consagra la Constitución (principio de jerarquía normativa reflejado en el art. 9.1 CE, entendimiento mismo de la cláusula de autonomía local dentro de las leyes tal y como lo contienen los arts. 137 y 140 CE....).

El tema debe, entonces, aclararse para no llamar a engaño en una cuestión tan importante. Lo que quiere, fundamentalmente, decirse al integrar la potestad reglamentaria municipal en este ámbito de la actuación de gobierno es:

a) Que tal y como sucede en el ámbito de la potestad reglamentaria del Gobierno o de los gobiernos autonómicos, su misma emanación debe comprenderse como parte de la actividad de gobierno, no pudiendo, por tanto, los Jueces y Tribunales obligar a la aprobación de una Ordenanza —y, mucho menos, imaginar su contenido— en ausencia de la voluntad municipal de promulgarla <sup>37</sup>.

No obstante este punto de partida general indicado, puede haber una excepción al ámbito de libertad configurado en el supuesto de que la potestad reglamentaria municipal sea necesaria imprescindiblemente para la puesta en marcha («establecimiento») de uno de los servicios municipales que debe prestar obligatoriamente el Municipio, todo ello en cuanto que el art. 18.1.g) otorga a los vecinos el derecho de reclamarlos específicamente.

b) Que en muchas ocasiones el mismo contenido de la potestad reglamentaria municipal es emanación directa del principio de autonomía, desarrollado en un ámbito libre de parámetro de legalidad coactivo y, por tanto, exigible jurisdiccionalmente. Piénsese, así, en la decisión —y reglamentación consiguiente— sobre la imposición de los Impuestos no obligatorios (art. 60.2 de la Ley 30/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales). O en la también libre decisión municipal de establecer los tipos impositivos que se quiera dentro del margen indicado por las Leyes en los Impuestos obligatorios.

---

<sup>37</sup> En este punto debe hacerse un recordatorio a la jurisprudencia ordinaria que así lo afirma respecto a la potestad reglamentaria del Estado y que he recogido en mi trabajo «La justiciabilidad...». En general en la última y autorizada doctrina sobre la potestad reglamentaria aparece también la necesidad de configurarla como una potestad del Gobierno, mucho más que como una potestad de la Administración. Cfr. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 753 y ss..

Todo lo cual no quiere decir que en todos los casos la potestad reglamentaria local se encuentre siempre al margen de la «línea de ejecución de la voluntad parlamentaria» como ha manifestado un autor recientemente <sup>38</sup>. Cuando se profundiza en el conocimiento del ordenamiento jurídico específico, se observa que la relación de las Ordenanzas y reglamentos locales con la Ley es muy plural y difícilmente reconducible a un único esquema de funcionamiento. El principio de autonomía constitucional juega siempre como punto de partida, sí, pero dentro del marco legal, por lo cual debe inevitablemente atenderse al sentido exacto de la Ley para juzgar del ámbito de disposición local y, por tanto y al mismo tiempo, de la posibilidad de control judicial. Sin ánimo de agotar una cuestión que por su importancia merece más profundidad de tratamiento, podríamos decir que la relación Ley-Ordenanza <sup>39</sup> responde siempre a una de estas cuatro variables ordenadas de menor a mayor grado de autonomía:

1ª) La Ley predetermina contenidos que deben ser, por mandato de la misma Ley, recogidos exactamente en Ordenanzas municipales, no pudiendo éstas añadir otras cuestiones que excedan de las de mero detalle y facilidad para su aplicación. La Ordenanza, entonces, se comporta respecto a la Ley en una pura relación de ejecución y el ámbito de «autonomía» municipal, consiguientemente, es muy reducido <sup>40</sup>.

2ª) En la mayor parte de las ocasiones, la Ordenanza municipal cumple la función de reglamentar las competencias municipales previamente establecidas por Ley. La ordenanza necesita de la previa existencia de Ley —porque en caso contrario faltaría la misma atribución de competencia que es el presupuesto de la Ordenanza y de la misma actuación municipal— y la Ordenanza, consiguientemente, no puede separarse del marco legal sobre el modo de ejercicio de esa competencia aunque el desarrollo reglamentario no tiene porqué ser exactamente igual en todos los Municipios y cabe, por tanto, un ámbito

---

<sup>38</sup> Cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar...*, op. cit., pág. 93.

<sup>39</sup> Hablo de Ley en abstracto, sin plantearme si se trata de Ley estatal o autonómica, lo que no supone una variación sobre lo que se indica en el texto. Por supuesto pueden existir también combinaciones de relaciones con Leyes tanto estatales como autonómicas, como sucede en el tema de los reglamentos orgánicos sobre todo tras la intervención del TC (Sentencia 214/1989). Nada de ello es obstáculo suficiente al esquema trazado en el texto.

<sup>40</sup> Podría citarse como ejemplo los arts. 6 y ss. de la Ley Foral Navarra 4/1988, de 11 de junio, sobre barreras físicas y sensoriales que ordenan compulsivamente a las ordenanzas que recojan el contenido específico en esos artículos presentes.

de libertad innovativo en el ejercicio de la potestad reglamentaria <sup>41</sup>. La relación Ley-Ordenanza se corresponde con los principios de la remisión normativa suficientemente conocidos. Una remisión normativa, eso sí, no desarrollada en blanco sino con un condicionamiento legal específico <sup>42</sup>.

3<sup>a</sup>) Una superior situación de autonomía municipal se produce en los casos en que la Ley llama a la Ordenanza a complementar su contenido pero sin indicarle guías estrictas <sup>43</sup>. Estamos, también, en el ámbito de la remisión normativa pero, aquí, la norma de desarrollo opera en el ámbito de la autorización con, normalmente, escasos condicionantes.

4<sup>a</sup>) En otras ocasiones, por fin, la Ley habilita simplemente a la potestad reglamentaria para regular actuaciones municipales no vinculadas a la Ley sino que entran en el puro ámbito de disposición municipal coincidente con la genérica habilitación a «satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal» (art. 25.1 LBRL). La voluntad municipal de realizar tal actuación es completamente libre, y, por tanto, también el consiguiente ejercicio y contenido de la potestad reglamentaria <sup>44</sup>.

El encuadramiento de la situación concreta en una de esas variables permite responder, fácilmente, al ámbito de disposición local y, por tanto, ofrecer una respuesta a la siempre difícil cuestión de los límites del control judicial.

---

<sup>41</sup> Los ejemplos legales no merece la pena que sean puestos en esta ocasión. Los preceptos de la LBRL relativos a las competencias municipales (arts. 25 y ss.) y provinciales, y las correspondientes Leyes, serían el marco —amplísimo— de referencia.

<sup>42</sup> La mayor parte de las intervenciones en el ámbito tributario responden a esta situación. Fijación de unos Impuestos obligatorios y otorgamiento de un marco de juego dentro del que puede jugar la entidad local correspondiente. La referencia obligada es a la Ley 39/1988, de 28 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales, en sus arts. 15-19 y 61 y ss.

<sup>43</sup> Podrían citarse muchos ejemplos. Recuerdo, así, el art. 41 de la Ley de carreteras de 1988: «la utilización de las carreteras en sus tramos urbanos y, de modo especial, en las travesías, se ajustará además de a lo dispuesto en el Capítulo III de esta Ley, al Código de la Circulación y a la *correspondiente normativa local*...».

<sup>44</sup> Cfr. la disposición adicional sexta de la Ley 39/1988 que indica que «los Ayuntamientos podrán establecer tasas por la realización de actuaciones singulares de regulación y control del tráfico urbano tendentes a...». A veces la jurisprudencia ha llegado a aceptar el papel complementador de una Ordenanza respecto a la Ley sin que, incluso, ésta haya procedido a la llamada específica a la ordenanza. Puede verse así a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1987, Arz. 4248, donde se habla de Ordenanzas directamente incardinadas a la Ley del Suelo para dar certeza y seguridad al concepto legal de ruina física que (en la época) recogía el art. 183 LS.



## 5. La potestad de autoorganización, ámbito también típico de la actuación política

La potestad de autoorganización está, igual que la reglamentaria, íntimamente vinculada a la autonomía de los entes locales proclamada constitucionalmente (cfr. art. 4 a) LBRL). De la misma forma, entonces, que en el caso de la potestad reglamentaria —aunque, probablemente con mucho menor ámbito de libertad en virtud del estrecho margen que la legislación de régimen local (vid., por ejemplo, el art. 20 LBRL en relación a la interpretación realizada por el TC en su Sentencia 214/1989<sup>45</sup>) deja a los entes locales en ello— deberíamos llevar al ámbito de la decisión política y, por tanto de la infiscabilidad jurisdiccional, todo lo relativo a la creación de órganos, a su configuración, y a la atribución a los mismos de las competencias que legítimamente quepan dentro del ordenamiento jurídico. El Reglamento orgánico, a esos efectos, sería la plasmación de esta actuación política (y obsérvese que en el Reglamento orgánico confluyen la específica potestad de autoorganización con la genérica potestad reglamentaria), pero no solo ello sino que también en el mismo plano habría que situar las decisiones sobre las formas posibles de prestación de los servicios públicos (gestión directa, indirecta, por empresa, arrendamiento, concesión etc...) según el marco dispuesto también por la misma legislación de régimen local.

## 6. La elección y cese de los gobiernos locales, ámbito primigenio de las decisiones políticas. Algún flagrante error jurisprudencial sobre ello

Probablemente en pocos momentos se plantea más claramente una decisión política que en cuando se trata de la elección y cese de los cargos locales elegidos mediante sufragio indirecto (Alcalde, Diputados, Presidente de la Diputación...). El ordenamiento jurídico aplicable (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, modificada por otras posteriores de no necesaria cita aquí), en sus arts. 176 y ss. no establece en ningún lugar unas condiciones de propuesta y elección que, caso de ser incumplidas, pudieran formar un parámetro a los efectos del control jurisdiccional. Igualmente y en relación a la formulación de la moción de censura, tampoco en ningún lugar el ordenamiento contiene una especificación de los motivos que legítimamente pudieran dar lugar a ella. Al contrario, la moción de censura, como no podría ser de otra for-

<sup>45</sup> Interpretación que no me parece ajustada a lo que en realidad significa el principio de autonomía universitaria. Me reafirmo en lo que, en relación a los reglamentos orgánicos, indiqué antes de la aparición de la STC 214/1989, en «Ordenanzas...», *op. cit.*, pág. 413 y ss.

ma, aparece como una actuación política que no necesita de otra apoyatura que las razones también políticas que puedan fundamentarla, sean estas de la índole que sean. Estaríamos aquí, por tanto, ante actuaciones puramente políticas y, por tanto, infiscalizables jurisdiccionalmente en cuanto al mismo hecho de la propuesta y de la moción.

Sin embargo, en un supuesto el Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de abril de 1990) ha refrendado la actitud de un Alcalde que cuando se formula contra él una moción de censura, declara que uno de los concejales que la suscriben lo hace por motivos de interés personal y que ello, en los términos de la legislación de procedimiento administrativo a los que se acude expresamente, hace que no pueda tomar parte en la votación de la moción en cuanto que en él concurriría una causa de abstención.

Aun cuando la misma formulación de la cuestión es, simplemente, chocante y aun cuando, también, en el procedimiento judicial previo se cuenta con una Sentencia del correspondiente Tribunal catalán que reprobaba la actitud del Alcalde, el Supremo refrendó su afirmación de la obligación de abstención haciendo, por tanto, imposible la moción de censura formulada en cuanto el voto de ese concejal era decisivo para el triunfo de la moción <sup>46</sup>. Veamos el modo de razonamiento del TS en el punto que interesa:

*«...en razón a la circunstancias concurrentes en el caso, pues no nos hallamos ante un desinteresado cambio de postura de una concejal respecto de la mayoría a la que pertenece, con las consecuencias éticas de una incorporación a un grupo distinto para defender un planteamiento en que ahora verdaderamente se cree, lo cual es admisible, aunque el cambio de postura sea erróneo, sino de una actuación que viene determinada por intereses particulares, seguramente defendibles, por irrazonables que sean, desde la postura de mero administrado, pero que no son aceptables cuando ellos se postulan, no desde la legalidad, sino desde desconocimiento de ésta y el abuso de prerrogativas por la situación que se ocupa dentro de la Corporación Municipal».*

Un caso judicial como el nombrado nos sitúa en los antípodas de las ideas que aquí repetidamente se están defendiendo consistentes, fundamentalmente, en una separación de la actuación de gobierno de la ad-

---

<sup>46</sup> Sobre la cuestión y en términos críticos para la Sentencia vid. el trabajo de L.A. POMED SANCHEZ, «El discutible control judicial de los motivos de la moción de censura al Alcalde. Reflexiones al hilo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1990. Caso «La Fuliola», en la REALA 251, 1991, pág. 675 y ss.

ministrativa y en una predicación, consiguiente, de un distinto régimen jurídico para ambas con todo lo que ello implica. Al contrario, la sentencia aplica reglas específicas de la actuación de los órganos administrativos (abstención y recusación) a la formulación de actitudes políticas para las que no están pensadas ni expresa ni implícitamente dichas reglas<sup>47</sup>, actitudes que se sitúan en un plano distinto que hace, incluso, inviable la interpretación analógica de las mismas.

## **7. La actividad convencional de los entes locales**

La decisión sobre la suscripción de un convenio con otro sujeto jurídico para la prestación de servicios públicos por parte de una entidad local entra, igualmente, dentro del ámbito de disposición de la entidad no fiscalizable en principio. La LBRL (art. 57) configura bajo el aspecto de la «voluntariedad» la suscripción de esos convenios, y ese aspecto de voluntariedad lleva, inequívocamente, a concluir en que es el órgano supremo de representación política de la entidad local (Ayuntamiento o Diputación en pleno, por ejemplo) quien, libremente, decide sobre la suscripción sin que pueda haber control sobre la decisión de fondo excepto, como siempre, en las materias de procedimiento y competencia y dejando al margen el supuesto —en el que sí hay parámetro de control—, de que el contenido del convenio pueda violentar algún precepto del ordenamiento jurídico<sup>48</sup>.

Pero, insisto, la voluntad de convenir, la decisión de prestar un servicio en común con otro Ayuntamiento o entidad, está al margen de la fiscalización y entra dentro de las múltiples posibilidades a que puede conducir el correcto ejercicio de la autonomía municipal.

## **8. El aspecto orgánico de la actuación gubernativa de los entes locales**

En el último punto me he referido al órgano supremo de representación local adoptando la decisión de convenir, pues bien y en paralelismo

---

<sup>47</sup> En este momento viene muy bien recordar cómo la disposición adicional primera de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha indicado que las disposiciones de esa Ley relativas a los órganos colegiados (capítulo II del Título II) no se aplican —entre otros órganos— al Pleno y a la Comisión de Gobierno de las entidades locales.

<sup>48</sup> El tema de la actividad convencional de las entidades locales merecería un tratamiento, por su importancia, más profundo en cuanto hay múltiples matices en el mismo que no puedo abordar aquí. Remito, simplemente, entre la última doctrina a F. LLISSET BORRELL, «Los convenios interadministrativos de los entes locales», *REDA* 67, 1990, págs. 389 y ss.

con la situación general que contemplé en los inicios de este trabajo y, por supuesto, en el genérico de referencia, conviene indicar brevemente que no cualquier órgano local puede ser origen de un acto que podamos calificar como de gobierno. Esta cualidad podrán merecerla, en su caso, solo aquellos que provengan de los órganos que, según el ordenamiento jurídico, tengan atribuido el «gobierno y administración», del ente y las potestades reglamentaria o de autoorganización que antes hemos encontrado insertas en el núcleo mismo de la autonomía local que fundamentaba la existencia de los actos de gobierno. Por poner ejemplos claros, ello sucederá en el supuesto del Municipio con el Ayuntamiento (arts. 19.1 y 22.2 d) LBRL) y el Alcalde (art. 21.1.a) LBRL), pudiendo también incluirse a la Comisión de Gobierno, en cuanto asiste a un órgano, el Alcalde, que tiene tales facultades (art. 23.2.a). Cuestión semejante podría decirse respecto a los órganos provinciales, situándonos el resto de entidades locales (comarcas, por ejemplo) ante una problemática más compleja que nos obligaría a descender a otro tipo de legislación local, fundamentalmente de origen autonómico.

## **9. La dificultad de establecer una tipología de actuaciones de gobierno**

Para concluir ya, conviene indicar por último que tal y como he defendido en el plano de la consideración general de este tema difícilmente podría llegar a totalizarse una tipología completa de actuaciones de gobierno. Ello es válido, como digo, para los gobiernos autonómico y de la Nación y de la misma forma para los gobiernos locales. Los ejemplos anteriormente utilizados son eso, ejemplos, que no pretenden totalizar una realidad que difícilmente —dados los amplios fines e intereses locales que el ordenamiento jurídico marca— puede intentar ser abarcable. Será la jurisprudencia y el trabajo doctrinal quienes de la mano y paralelamente cooperen a ir, poco a poco, centrando una realidad difícil, en ocasiones escasamente aprehensible y, también muchas veces, poco grata para quien pretende introducirse en un terreno donde las pasiones levantadas pueden ahogar la voz de quien, sin intereses preconcebidos, solo pretende aclarar un panorama jurídico donde el legislador tiene unas limitaciones innegables y que es, por tanto, campo propicio para el jurista que así pretenda llamarse.

En todo caso conviene recalcar, por último, que el criterio restrictivo debe ser siempre la guía de ese trabajo de interpretación y también de creación. El Estado de Derecho y su plasmación constitucional (desde el mismo art. 1.º, pero también a través del 24.º o del 106.º CE), es un buen motivo para tener la precaución y el buen criterio de esta actitud restrictiva. La presunción debe ser la del control jurisdiccional, y la excepción lo contrario. Solo allí donde no haya parámetro judicial don-

de el juez pueda acudir a los efectos de establecer un juicio de legalidad —único que le es permitido por el ordenamiento (art. 117.º1 CE)— o derecho subjetivo violentado, podrá llegar a defenderse la existencia de una actuación no fiscalizable jurisdiccionalmente. Y ello, simplemente, por exigencias de un ordenamiento jurídico que con base constitucional configura derechos subjetivos, pero también poderes, potestades de los entes públicos, recíprocas limitaciones, también del poder judicial, campos propios de actuación que es conveniente respetar para un funcionamiento lo más armónicamente posible del sistema.

