reALA NUEVA ÉPOCA

REALA, nº 2, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975

DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10198

La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno

Antonio Luis Fernández Mallol
Letrado de la Junta de Andalucía. Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía
Antonio.fernandez@juntadeandalucia.es

Recibido: 17 de abril 2014
Aceptado: 23 de junio 2014

Resumen

El objetivo de este artículo es contraponer las previsiones relativas a la integridad del procedimiento de contratación que provienen del Derecho Comunitario con el actual régimen previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), y determinadas disposiciones relacionadas con la transparencia y buen gobierno que se encentran en fase de elaboración. También persigue realizar una aproximación sobre las implicaciones normativas que conllevan las medidas de las nuevas Directivas sobre contratación pública relativas a transparencia y control de la corrupción, sobre todo en relación con el conflicto de intereses y las conductas ilícitas en este ámbito. Una labor que probablemente permita, además, contribuir a depurar las causas de incompatibilidad, prohibiciones para contratar, y conductas ilícitas en el procedimiento de contratación previsto en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave
Medidas comunitarias para garantizar una contratación integra. El conflicto de interés en la contratación pública. Prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno.

The Integrity of the Procurement Procedure in European Union Law. The Conflict of Interest and its Impact on the Regulation of the Prohibitions on Contracting, Causes of Inconsistency and the Provisions on Transparency and Good Governance

Abstract

This paper aims to compare the provisions regarding the integrity of the procurement procedure of Community law with regard to the current regime provided for in the Consolidated Law on Public Procurement, approved by Royal Legislative Decree 3/2011, of 14 November (TRLCSP), and certain provisions related to transparency and good governance being developed. It also aims to address the regulatory implications of the measures of the new public procurement Directives regarding transparency and corruption control, especially in relation to conflict of interest and illegal activities in this area. This will also probably help to refine the causes of incompatibility, prohibitions on contracting and illegal conduct in the procurement procedure laid down in Spanish law.

Keywords
Community measures to ensure recruitment integrity. Conflict of interest and illegal conduct in public procurement processes. Prohibitions on contracting, incompatibilities and provisions on transparency and good governance.

SUMARIO

I. Introducción. II. El conflicto de interés en la contratación pública. La previsión normativa en la nueva directiva de contratos. III. La regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno como medidas insuficientes para garantizar la moralidad administrativa. IV. Conclusiones.

1º.- INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es contraponer las previsiones relativas a la integridad del procedimiento de contratación que provienen del Derecho de la Unión Europea con el actual régimen previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), y determinadas disposiciones relacionadas con la transparencia y buen gobierno que se encuentran en fase de elaboración[1]. También persigue realizar una aproximación sobre las implicaciones normativas que conllevan las medidas de las nuevas Directivas[2] sobre contratación pública relativas a transparencia y control de la corrupción, sobre todo en relación con el conflicto de intereses y las conductas ilícitas en este ámbito. Una labor que probablemente permita, además, contribuir a depurar las causas de incompatibilidad, prohibiciones para contratar, y conductas ilícitas en el procedimiento de contratación previsto en el ordenamiento jurídico español.

La contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020 como uno de los instrumentos esenciales para lograr el desarrollo de una economía competitiva con alto nivel de empleo, basada en el conocimiento y la innovación, el uso más eficaz de los recursos y la cohesión social y territorial.

Por ello, la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública de 20 de diciembre de 2011 (PDCP), proponía una revisión de la legislación contractual vigente y establecía como objetivos a conseguir; incrementar la eficiencia del gasto público y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación en apoyo de objetivos sociales comunes.

En este contexto, se han promulgado las nuevas Directivas sobre contratación pública: la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

Resulta innegable que, con independencia de las sensibles modificaciones que ha sufrido la propuesta de Directiva de contratación en el proceso legislativo hasta su versión definitiva, las medidas contra la corrupción administrativa son los pilares básicos sobre los que se van a articular las disposiciones fundamentales en materia de contratación durante los próximos años, perfiladas de una u otra manera, para lograr combatir las conductas deshonestas y el favoritismo en el seno de la Unión Europea.

En un plano diferente, en nuestro ordenamiento jurídico, casi de forma coetánea al nacimiento de la crisis económica, se han venido elaborando planteamientos y disposiciones legales que pretenden, en gran medida, aumentar la transparencia y la integridad de la contratación pública como mecanismo más efectivo contra la corrupción. Esta batería normativa ansía reforzar los mecanismos de información y transparencia que ya existen en el ordenamiento jurídico potenciando la transparencia y el buen gobierno.[3]

1 Me refiero a las disposiciones en materia de transparencia y buen gobierno que se encuentran en la mayoría de los casos en fase de elaboración y que inciden sobre la contratación pública. Podemos citar, en el ámbito estatal, la recién aprobada Ley19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que en principio, surge como una medida fundamental para garantizar la igualdad y equidad en el tratamiento de la información y la distribución de los recursos públicos. En otros ámbitos cabe mencionar la Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y Buenas Prácticas de la Administración Pública Galega, el Anteproyecto de Ley de Transparencia Pública de Andalucía, aprobado por el Consejo de Gobierno el 4 de junio de 2013 y la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la Buena Administración y del Buen Gobierno de las Islas Baleares.

2 Se trata de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.

3 Sobre la naturaleza de estas nuevas disposiciones pueden consultarse los trabajos de ALVAREZ MARTÍN, J.A. "La futura ley de transparencia ¿una solución adecuada y creíble?" *Revista Aranzadi Doctrinal* número 7/2012 o, con una concepción más positiva de la norma, el trabajo de GARCIA TORRES, A. "Transparencia.-Acceso a la Información Pública.-Buen Gobierno. Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y buen Gobierno", *La Administración Práctica,* número 9/2012.

El análisis de las previsiones europeas que se avecinan y su contraposición con la modificación normativa que se está produciendo en el ordenamiento español puede destapar graves distorsiones, aventurar modificaciones importantes y descubrir, en algunos casos, medidas insuficientes para un objetivo tan necesario y complejo.

En consecuencia, sin llegar a los términos expresados por SANTAMARIA PASTOR cuando califica la normativa comunitaria de contratación pública como *"un desastre sin paliativos"*[4], lo cierto es que el resultado de la interacción de los distintos poderes legislativos es un producto manifiestamente mejorable.

2º.- EL CONFLICTO DE INTERÉS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA PREVISIÓN NORMATIVA EN LA NUEVA DIRECTIVA DE CONTRATOS

Resulta pacífico admitir que el ordenamiento jurídico español no ha logrado articular, desde una perspectiva técnica, disposiciones ni mecanismos que eviten los conflictos de interés o que garanticen la imparcialidad de forma sólida, no sólo en el ámbito de la contratación, sino también en otros sectores de la actividad pública. Puede que la previsión plasmada en el artículo 24 de la Propuesta de Directiva de Contratación Pública, aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014, y la interpretación que ofrezca el TJUE sean herramientas novedosas muy útiles para alcanzar una madurez en un sector atrapado en una minoría de edad forzosa. Quizás sean elementos fundamentales para elevar la maltrecha moralidad administrativa que, probablemente, hayan tenido en los incidentes de recusación del Presidente del Tribunal Constitucional por falta de imparcialidad, uno de sus máximos exponentes en la actual democracia.[5]

Sin ánimo exhaustivo, y sin desconocer que existen otras causas de distinta índole, es evidente que existen factores normativos evidentes y palpables que contribuyen a perturbar la integridad del procedimiento en aspectos que son de difícil justificación ante el ciudadano.1º) El primer motivo, que obedece a la propia actuación comunitaria, atiende al diseño e incidencia de la normativa europea y la sinergia con los Estados miembros[6]. Efectivamente, es difícil explicar a un ciudadano que la normativa europea en materia de contratación sólo se aplica, en la mayoría de los casos, para contratos que superen determinados umbrales fijados arbitrariamente.[7] Es muy complicado, argumentar porqué los contratos de menor cuantía, que en la práctica son la mayoría, están exentos de las mayores garantías de control e imparcialidad[8]. También es difícil justificar porque los Estados miembros han incumplido sistemáticamente la normativa contractual[9].

2º) El principal ataque a la integridad deriva de la diversidad de regímenes de incompatibilidad y conflictos de interés que recoge la normativa administrativa. Una diferencia que no sólo se refiere a la distinción que puede producirse entre quienes dirigen entes instrumentales y Administraciones territoriales, que en la práctica, en materia de contratación, ya es de por sí muy significativa, sino que el régimen de incompatibilidades y el tratamiento del conflicto de interés es diferente también según cuál sea la Administración correspondiente. Realidad que no encuentra justificación posible.

3º) Finalmente el tercer eje del desafortunado panorama actual deriva de la propia acción legislativa en la materia y la consciente falta de medios de control. La relación entre las causas de incompatibilidad, los conflictos de interés y la imparcialidad en la actividad administrativa es una materia conocida, pero sobre la que poco se ha luchado el legislador en todas las instancias normativas.

---

4 SANTAMARIA PASTOR, J.A. "La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación pública" *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 159, página 32.

5 Sobre este episodio, resulta muy interesante el artículo de GUAJARDO PÉREZ, I. "Afiliación política de los Magistrados del Tribunal Constitucional. Inadmisión de la recusación promovida contra su Presidente por el parlamento y la Generalidad de Cataluña (artículo 219 LOPJ núms. 9 y 10)" *Diario La Ley*, nº 8198, 25 de noviembre de 2013, edit. La Ley.

6 En esta línea debe citarse el trabajo de J.A. MOLINA, "Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada" *Revista de Administración Pública*, número 178, 2009, páginas 175 a 213.

7 La nueva Directiva de contratos públicos, se aplicara según el artículo 4, a las contrataciones cuyo valor estimado, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido (IVA), sea igual o superior a los umbrales siguientes: (a) 5 186 000 EUR, en los contratos públicos de obras; (b) 134 000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades gubernamentales centrales y los concursos de proyectos organizados por ellas; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III; (c) 207 000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos; (d) 750 000 EUR, en los contratos públicos de servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV.

8 Esta tendencia se constata en la Memoria del Tribunal de Cuentas del año 2011, aprobada por el Pleno el 26 de abril de 2012 donde se evidencia la falta de justificación del procedimiento negociado en el procedimiento de contratación. Igualmente el Informe sobre el total de los contratos celebrados por las entidades adjudicadoras en el año 2011, elaborado por el Registro Público de Contratos dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda, revela que el 47,85% de los contratos se adjudica a través del procedimiento negociado.

9 Se trata de las siguientes resoluciones judiciales: STJE de 15 de mayo de 2003 (RJ 2003,168) STJE de 16 de octubre de 2003 (RJ 2003,329), STJE de 13 de enero de 2005 (RJ 2005,10) y STJE de 3 de abril de 2008 (RJ 2008,59).

Descendiendo en el tratamiento del conflicto de interés en la contratación pública parece interesante contraponer la previsión de la nueva disposición de referencia comunitaria, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, en relación con el contenido de las nuevas normas sobre transparencia.

Analicemos la previsión normativa. Señala el artículo 24 de la Directiva que:

> *"Los Estados miembros velarán para que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.*
>
> *El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación."*

En consecuencia el contenido del artículo obliga a los Estados miembros a que adopten medidas para prevenir, detectar y solucionar de inmediato los conflictos de intereses que puedan surgir en todas las fases de los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los licitadores. Además, incorpora, un concepto amplio y ambicioso de qué intereses concurrentes deben entenderse prohibidos en el procedimiento de licitación[10]. Concretamente el concepto de conflicto de interés que recoge el artículo 24 exige, como mínimo, la concurrencia de una doble condición:

A) Condición subjetiva. Quedan afectados los miembros del personal del poder adjudicador, proveedores de servicios de contratación o miembros del personal de otros proveedores de servicios que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación[11].

Nótese que la previsión incide con la misma rigidez de forma vertical y horizontal. En el primer caso, la disposición afecta a la conducta del dirigente o dirigentes que participen en el ente, como también respecto a cualquier empleado del ente adjudicador o del contratista. Horizontalmente, la limitación condiciona el comportamiento de los sujetos que intervengan directa e indirectamente en el procedimiento de contratación ya sean del ente adjudicador, como proveedor o como responsable de algún una entidad interesada que pueda falsear las condiciones de licitación,

B) Condición objetiva. Afecta a cualquier situación en la que directa o indirectamente concurra un interés particular en el resultado del procedimiento de contratación, que pueda percibirse como un impedimento para la ejecución imparcial y objetiva de sus funciones. Concretamente la disposición se refiere a intereses financieros, económicos o personales que pudieran limitar la imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

El texto adoptado en el Parlamento Europeo limita la dicción originaria de la Propuesta de Directiva, que utilizaba una enumeración extensa de eventuales intereses concurrentes, incluso con una cláusula analógica. No obstante entendemos que el espíritu de la norma debe obligar a que los Estado miembros prohíban, en la transposición de la Directiva, cualquier eventual situación que pueda interferir en la imparcialidad de los sujetos que intervienen en el procedimiento de contratación. No es admisible que situaciones en las que pueden coexistir intereses profesionales, familiares o afectivos puedan quedar excluidas de la regulación que realicen los Estados miembros permitiendo resquicios legales que conculquen la integridad del procedimiento de contratación.

En la jurisprudencia del TJUE no existen muchos pronunciamientos sobre la aplicación de las normas europeas y los conflictos de interés. Salvo error, solamente hemos encontrado dos pronunciamientos. En la STJUE de 16

10 La realidad es que el texto definitivo de la nueva Directiva de contratos adoptado por el Parlamento Europea ha eliminado un gran número de disposiciones del proyecto inicial orientadas en garantizar la integridad del procedimiento (las denominadas conductas ilícitas en la contratación pública y la nueva gobernanza en materia de contratación pública) y se ha centrado en introducir novedades en relación con el procedimiento electrónico y la gestión de la información.

11 La redacción de la propuesta de Directiva remitida al Parlamento era más ambiciosa y recogía una referencia al "presidente del poder adjudicador y los miembros de sus órganos decisorios que, sin intervenir necesariamente en el desarrollo del procedimiento de contratación, podrían no obstante influir en su resultado" como muestra de voluntad tajante de extender las causas de conflicto a los dirigentes políticos que participen en la gestión del ente de contratación.

de diciembre 2008, en el asunto *Michaniki*, (recurso C-213/2007), el Tribunal recalca que el Derecho comunitario debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que, en aras de la consecución de los objetivos legítimos de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, establezca una presunción absoluta de incompatibilidad en dos sectores distintos[12]. Por su parte la STJUE de 6 de mayo de 2010 en el asunto *Club Hotel Loutraki AE y otros contra Ethniko Symvoulio Radiotileorasis y otros*, (recurso C-145/08 y C-149/08), se analiza el eventual conflicto de interés en una Unión Temporal de Empresas cuando una de ellas decide accionar y no existe voluntad de todas.[13] No obstante, la función del TJUE será esencial para garantizar la aplicación de la norma comunitaria asegurando una interpretación útil de la misma que permita garantizar la integridad de la contratación pública.

Conectado con esta última apreciación, la necesidad de adoptar medidas que garanticen la utilidad de la prohibición del conflicto de interés, resulta conveniente ahondar en la naturaleza totalmente perversa que generan estas situaciones en el procedimiento de contratación. Una realidad que el Derecho de la Unión Europea no puede desconocer.

Actualmente resulta indudable la incidencia directa de la contratación pública en relación con los resultados macroeconómicos de los Estados miembros y con las formas de distribución de la riqueza[14]. Es innegable que existe un binomio, admitido en el actual contexto, entre el éxito empresarial y las adjudicaciones públicas que la empresa haya podido disfrutar. Por otra parte, casi de forma paralela, también es conocido que el círculo de contratación pública se cierra con el nexo de unión entre el empresario y la entidad pública. Una vinculación que debe sujetarse a los principios de eficiencia y oferta más ventajosa, según los artículos 22 y 150 del TRLCSP, pero que, en la realidad, se ciñe principalmente a un conocimiento previo, la relación de confianza o un interés compartido como elementos determinantes.

Precisamente, es a partir de ese momento, en el que se articula la conexión artificial entre contratista y entidad pública sobre parámetros inadecuados, cuando comienzan los principales vicios del procedimiento de contratación; el clientelismo, la desigualdad de oportunidades, la falta de transparencia, la concurrencia de la libre concurrencia o la ineficiencia del contrato, aparecen como fracturas de la integridad del procedimiento de contratación pública. Probablemente sea esta vinculación ajena a los criterios marcados por la norma, la principal causa de frustración del procedimiento de contratación pública.

Planteado el debate en estos términos, a nuestro juicio, quizá la medida esencial para reflotar la integridad del procedimiento de contratación sea reforzar la vinculación del contratista y el ente público a través de la eficiencia y la oferta más ventajosa, desplazando los eventuales intereses concurrentes que puedan converger. Ésa es la pieza básica y angular para garantizar la integridad. Eliminar y arrinconar las rentas ilícitas que puedan surgir a los participantes en procedimiento de contratación.

Efectivamente, al margen de cualquier norma adjetiva de información y transparencia, la situación actual exige alzar los límites de la moralidad administrativa como parámetro de referencia para prohibir determinadas conductas que vician la contratación pública y, por supuesto, la actividad administrativa. Eliminar los ámbitos de exención o la impunidad de determinados comportamientos es la única vía para reconducir unas prácticas crónicas y enfermizas que atentan contra el sistema en su conjunto. En definitiva, cualquier planteamiento que pretenda alterar mínimamente la realidad debe partir de la necesidad de eliminar los eventuales conflictos de interés que puedan concurrir.

No basta con adoptar decisiones que obliguen a obtener eficiencia y rentabilidad en la contratación pública, el ordenamiento jurídico debe, además, eliminar situaciones donde puedan concurrir intereses concurrentes. No

12 La Sentencia rechaza una disposición que establezca un eventual conflicto de intereses per se cuando se trata de entidades que operan en sectores diferenciados. Concretamente el TJUE critica que se presuma el conflicto entre quien ostenta la condición de propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa activa en un sector específico de los medios de comunicación y la condición de propietario, socio, accionista principal o directivo de una empresa a la que el Estado o una persona jurídica del sector público en sentido amplio confía la ejecución de contratos de obras, suministros o servicios

13 En esta Sentencia prima la tutela judicial al eventual conflicto de intereses, declarando el Tribunal que el Derecho de la Unión, en particular el derecho a una tutela judicial efectiva, se opone a una normativa nacional, como la cuestionada en el litigio principal, que se interpreta en el sentido de que los miembros de una unión temporal de empresas, licitadora en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, sean privados de la posibilidad de solicitar, a título individual, la reparación del perjuicio que hayan sufrido de forma individual a raíz de una resolución, adoptada por una autoridad distinta del poder adjudicador, que forme parte de dicho procedimiento de conformidad con las normas nacionales aplicables, y que pueda influir en su desarrollo .

14 Como datos significativos podemos señalar que, según la guía de contratación pública del Ministerio de Industria, Energía y Turismo la contratación pública en el año 2010 supuso 130.000 millones de euros, lo que supone un aproximadamente un 13% el Producto Interior Bruto del Estado. También es muy ilustrativo que, según el Observatorio de Contratación Pública, en torno a un 3% de esta cifra se utilizó inadecuadamente por una concurrencia de las normas de contratación pública.

es suficiente una regulación parcial de la materia, resulta imprescindible disposiciones minuciosas, completas y aplicables a todos los entes del sector público como medida normativa imprescindible para eliminar los eventuales conflictos de interés en la contratación pública. Junto con ello, es necesario, para garantizar la moralidad administrativa, perfilar preceptos en los términos que se expondrán. Pero, qué duda cabe, la situación actual exige una batería de medidas de otra naturaleza.[15] Es imprescindible reforzar los mecanismos de control existentes y, además crear otros nuevos.[16] Los medios de control preventivos son los instrumentos más necesarios y eficaces, con una utilidad directa sobre la seguridad en el tráfico jurídico y un poder conformador de la sociedad de un valor incalculable.

En definitiva, socialmente sólo es admisible el control preventivo que evite o impida la realización del ilícito, porque, cuando la irregularidad está consumada y no existe posibilidad de restituir la situación anterior, la sensación de justicia desaparece generando el desconsuelo ciudadano

Por todo ello, la previsión comunitaria sobre la interdicción del conflicto de interés en la contratación pública debe suponer una oportunidad para los Estados miembros de promover, verdaderamente, una contratación pública integra. Igualmente esta previsión debe conllevar, necesariamente, elevar la matrecha moralidad administrativa en la contratación pública española perfilando disposiciones y adoptando medidas complementarias que aseguren espacios de imparcialidad y objetividad para lograr la consecución del interés general

3. LA REGULACIÓN DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR, LAS CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD Y LAS DISPOSICIONES SOBRE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO COMO MEDIDAS INSUFICIENTES PARA GARANTIZAR LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA

A nuestro juicio, la actual concepción europea del conflicto de interés obliga a modificar determinadas disposiciones del ordenamiento interno español, con la finalidad de contribuir a garantizar verdaderos ámbitos de imparcialidad y moralidad en la contratación pública. Modificaciones que deben trascender del tenor literal del artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, y centrarse, de forma más ambiciosa, en el espíritu de la norma informando, de esta manera, las distintas interpretaciones de los órganos consultivos en relación con prácticas discutibles en el seno de la contratación pública.

No cabe duda que si, finalmente, se incorporan al ordenamiento jurídico español las previsiones relativas a los conflictos de interés en unos términos tan amplios, con referencias a intereses directos o potenciales de empleados públicos o políticos, en relación incluso a intereses "*compartidos*", pueden eliminarse las distorsiones normativas *hirientes* que existían hasta la fecha. Más aún cuando las conductas ilícitas de la contratación previstas en la norma quizás lleguen a ser una herramienta adicional útil para impedir la corrupción en este ámbito.

Analicemos las principales distorsiones normativas y procedimentales que existen en la contratación pública actual

1ª DISTORSIÓN: LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR Y CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD

La prohibiciones para contratar son circunstancias heterogéneas que impiden la celebración de contratos con el sector público porque en ellas subyace o albergan dudas sobre la honorabilidad del contratista, o bien, posibles conflictos de interés que aconsejan limitar la contratación con los sujetos en quien concurre con el objetivo de garantizar la objetividad y la imparcialidad en la contratación pública.[17]

En consecuencia, es el ámbito natural en el que deben incidir las nuevas medidas para garantizar la integridad del procedimiento de contratación.[18]

Si se examinan la variedad de situaciones que se contemplan en cada una de las prohibiciones de contratar se advierte que el fundamento de las mismas, fuera de la genérica protección del interés público es muy diverso y ha variado con el tiempo[19].En algunas ocasiones se trata de circunstancias relacionadas con la falta de honorabilidad

ESTUDIOS

15 Así se extrae de numerosos Informes Internacionales, pudiendo citar el Informe de transparencia Internacional o el de la OCDE de 2011, vid. "La integridad en la contratación pública, buenas prácticas de la A a la Z", traducción del libro *Integrity in public procurement. God practice to A to Z*. edit. OCDE, París, p. 35.

16 En este sentido se manifiesta MEDINA ARNAIZ,T., al exigir un órgano externo que vigile y controle la aplicación de las normas de contratación como una medida indispensable para luchar contra la corrupción ("Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública", *Diario La Ley* número 7832, sección doctrina, de 16 de abril de 2010.

17 Sobre las prohibiciones para contratar con las entidades del sector público en el ordenamiento jurídico español resulta muy ilustrativa la obra de J. BESTEIRO RIVAS, *Comentario al artículo 49 LCSP: Las Prohibiciones de contratar*, edit. Aranzadi, Pamplona 2009.

18 I. GALLEGO CÓRCOLES, "Prohibiciones de contratar: el régimen de incompatibilidades (I)" *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas* nº 40/2005, edit. La Ley, Madrid, 2005, página. 54.

19 Realmente, si se examina la evolución de la legislación en materia de contratación de las Administraciones Públicas, lo primero que

del l citador, como sería el supuesto previsto en el artícub 60.1.a); en otras ocasiones se trata de supuestos en b s que el fundamento se encuentra en el rechazo que generan que contraten con la Administración Públ ca aquéb s que no cumple n sus deberes como ciudadanos; este sería el caso de b s dispuesto en el apartado 60.1.d), mientras que otras ocasiones el motivo de la prohibición obedece a tratar de garantizar la objetividad de la Administración Públ ca en situaciones de confl ctos de interés, ejempb de b cual sería el apartado 60.1.f).20 En definitiva, con la s prohibiciones para contratar se pretende garantizar que no va a existir ningún ele mento que distorsione la contratación del sector públ co a la hora de gestionar b s intereses generale s.

Precisando esta cuestión, un sector de la doctrina, a la lu z de distintos pronunciamientos judiciale s, ha concretado que el fundamento de estas prohibiciones para contratar se encuentra en la necesidad de preservar *"la moralidad administrativa"* a la hora de contratar la s Administraciones Públ cas. Un origen que deriva necesariamente de lo dispuesto en el artículo 103 CE.[21]

Se trata de causas que además, tradicionalm ente, se han vincula do a b s instrumentos le gale s para garantizar la transparencia en la contratación pública y por ello, el actual precepto que las recoge, el artículo 60 TRLCSP, ha sido ya objeto de diversas modificaciones.[22]

Pues bien, la previsión normativa del confl cto de interés que proviene de Europa exigiría, a nuestro juicio, una nueva formulación de algunas de las circunstancias previstas en el artículo 60 TRLCSP, a fin de lograr cumplir los objetivos comunitarios. Concretamente entendemos que deben perfilarse las circunstancias previstas en el apartado f) y g) como prohibiciones cuya misión principal es evitar b s eventuale s confl ctos de interés que pueda concurrir. Circunstancias que pasamos a estudiar.

Incompatibilidad de altos cargos y funcionarios

Establece el apartado f del artículo 60.1 TRLCSP que no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurran alg una de la s circunstancias siguientes:

f) Estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma. La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas. La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal."

Esta circunstancia probable mente deba ser la primera disposición que debe definirse nuevamente tras la futura regula ción comunitaria y eb pese a que, hasta la fecha, ya ha generado bastante l teratura jurídica.[23]Ha

se advierte es que la relación de prohibiciones para contratar ha ido creciendo progresivamente desde la Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911 (que no contenía una lista de prohibiciones). El Reglamento de Contratos de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 ya inclu ía una l sta con seis prohibiciones (más una previsión de incompatibil dad regula da en un artícub distinto), que posteriormente se incrementó a ocho supuestos en la redacción originaria del texto articulado de la Ley de Contratos del Estado. Con la reforma operada por el Real Decreto legislativo 931/1986 de 2 de mayo esta lista aumentó hasta alcanzar los diez supuestos de prohibición para contratar hasta llegar a los once casos previstos en el artículo 20 del TRLCAP. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público introdujo una modificación en este sentido. Recogió en el artículo 49 LCSP los doce apartados que expresan las prohibiciones para contratar con los entes del sector públ co, distinguiendo siete circunstancias comunes a todos b s contratistas que pretendan con b s entes del sector públ co, y cinco causas que afectan exclu sivamente a b s l citadores de la s Administraciones Públ cas. La Ley introdujo variaciones, como posteriormente veremos, pero no ha logrado solventar los principales problemas apreciados bajo la vigencia de la normativa anterior El actual TRLCSP se refiere a ellas en el artículo 60 TRLCSP.

20 El artícub 60.1.a) se refiere a la prohibición de contratar de aqueb s que hayan sido condenados por determinados delitos. El artículo 60.1.d) recoge la prohibición para contratar de quien no estar al corriente de sus obligaciones con Hacienda y la Seguridad Social y el articub 60.1.f) es el que versa sobre la s causas de incompatibil dad como determinantes de prohibiciones para contratar.

21 Este parecer se extrae no sob de b s informes de b s órganos consul ivos sino también de b s distintos pronunciamientos judiciale s existentes en este ámbito, pudiendo citar la s Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1992 (RJ 1992, 2491), la Sentencia de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004,8061) Sentencia de 4 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8752) o la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2007 (2007, 830).

22 Antes de su plasmación en el TRLCSP el contenido del artículo 60 ha sido modificado por el Real Decreto Ley 5/2011, de 29 de septiembre, la Ley 34/2010, de 5 de agosto y el Real Decreto 6/2010 de 6 de abril de 2010. Modificaciones sintomáticas de la transcendencia del precepto y de la s deficiencias de la técnica normativa emple ada.

23 En esta materia resulta de interés en relación con el artículo 20 TRLCAP el análisis de I. GALLEGO CÓRCOLES, "Prohibiciones de contratar. El régimen de incompatibil dades (II)" *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas* nº 41/2005, edit. La Ley, Madrid, 2005.

sido una circunstancia que ha planteado dudas muy diversas[24], pero el núcleo se ciñe a las limitaciones de cargos electos, sobre todo en la Administración Local, y en relación con las incompatibilidades aplicables a funcionarios públicos.

En concreto se han planteado distintas dudas sobre la interpretación que debían darse al apartado equivalente previsto en el extinto artículo 20 TRLCAP y su relación con la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General. La problemática que se planteaba surgía de la remisión que realizaba la normativa contractual al régimen de incompatibilidades de los Altos Cargos, cargos electos de las entidades locales y a la normativa equivalente de los funcionarios públicos. Dificultad que se acrecentaba por el distinto régimen de incompatibilidad previsto en una y otra normativa y la necesidad de lograr una salvaguarda de los principios de contratación pública.

Con el actual artículo 60 TRLCSP todavía se han planteado dudas a este respecto, si bien el cuerpo principal de problemas parece tener una interpretación común.

Las conclusiones a las que han llegado los distintos informes y dictámenes podemos sintetizarlas de la siguiente forma:

El Informe 50/99, de 21 de diciembre de 1999, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) o el Informe 30/2010, de 24 de noviembre de 2010, del mismo órgano consultivo, ponen de manifiesto que la norma de la que hay que partir para determinar la incompatibilidad de los cargos electos de las Corporaciones Locales con la actividad contractual del sector público es la disposición reguladora de las prohibiciones de contratar, en el caso que nos ocupa el artículo 60.1, letra f), de TRLCSP, y, dentro de ella, para los concejales, el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, considerando este último incompatible con la condición de concejal a los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la Corporación Municipal, de establecimientos de ella dependientes. De conformidad con ello, es evidente que la prohibición de contratar no se extiende a los contratos concertados con Administraciones Públicas distintas de aquella a la que pertenece el concejal.

Primer aspecto que, en nuestra opinión, chocaría frontalmente con la nueva previsión comunitaria puesto que, por ejemplo, si un concejal de un partido político concurre a un procedimiento de licitación de una entidad gobernada por miembros del mismo partido, es evidente que no concurrirá en las mismas condiciones que otro licitador que no esté vinculado por su pertenencia a un partido político. Por lo tanto, a nuestro juicio, la normativa facultativa de un conflicto de intereses que probablemente quede vedado por la nueva regulación comunitaria.

El informe 37/2009 de la JCCA de 24 de abril aclaró que sin perjuicio de las incompatibilidades y prohibiciones para contratar que derivan de la aplicación conjunta del artículo 49.1 f) del actual TRLCAP, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre y de la Ley 5/1985, de 19 de junio, los concejales y demás cargos no electos de las Juntas de Gobierno de los Ayuntamientos no están afectados por las limitaciones derivadas de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.

En consecuencia se limita la posibilidad de incluir a los cargos electos municipales en el mismo régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 5/2006 ya que la norma en cuestión no lo contemplaba en ningún lugar, ni existía precepto legal que sustentara esta previsión. Extremo también criticable en la medida en que es imprescindible que en todos los entes adjudicadores exista, al menos, el mismo régimen de incompatibilidades previsto para la Administración General del Estado. Es más, es que la previsión europea determina medidas para evitar el conflicto de intereses con independencia de cuál sea el ente adjudicador lo que, en la práctica, conlleva el régimen de incompatibilidades más homogéneo del ordenamiento jurídico a efectos de contratación.

También esta prohibición implica que la incompatibilidad que determina prohibición de contratar, sin perjuicio de la que pueda existir para el Alcalde y los Concejales, no existe respecto a las sociedades de las que forman

24 En un principio, una de las dudas que surgió al amparo del artículo 20 TRLCAP fue si las prohibiciones previstas en la parte general del texto normativo resultaban de aplicación al extinto contrato de consultoría y asistencia. Se resolvió reconociendo el carácter vinculante de las prohibiciones de contratación respecto a todos los contratos previstos en las normas de contratación, (incluidos los contratos menores) cualquiera que fuera su modalidad. En este sentido se pronunciaron los Informes de la JCCA 16/02, de 13 de junio, sobre incompatibilidades de funcionarios y sus cónyuges para contratar con la Administración Pública o el Informe 45/01 de 30 de enero de la JCCA, sobre prohibiciones para contratar.

parte, cualesquiera que sea su participación, salvo para aquellos de los que forman parte, como administradores, los citados cargos electivos[25].

Se trata de una diferencia fundamental con el régimen aplicable a los funcionarios públicos. Mientras que el cargo electo de la Administración Local no queda limitado en la contratación pública por el hecho de que resulte titular de participaciones sociales de la entidad contratante por encima del 10 por ciento, siempre y cuando no ostente la condición de administrador de la sociedad, en el caso del funcionario público sí queda condicionado por la prohibición en base a la limitación que recoge el artículo 12 de Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Por ello mientras el cargo electo municipal puede participar en la entidad que licita sin ninguna limitación salvo que tenga la condición de administrador de la sociedad, en el caso del funcionario público, éste no puede tener una participación superior al diez por ciento del capital social.

Esta disparidad en el régimen de las prohibiciones, derivada de la normativa de incompatibilidades ha sido duramente criticada por distintos sectores doctrinales que consideran que se trata de una distinción sin fundamento que no beneficia a la transparencia de la contratación pública.

Por ello, y para tratar de solventar esta deficiente regulación el Informe 6/2010, de 23 de julio sobre la aplicación literal del articulo 49.1 f) párrafo segundo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se planteó, ante las diferencias expuestas, si podría hacerse extensiva exclusivamente a los cargos electos municipales el límite de participación en las entidades contratantes del 10% de su capital social dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado.[26]

Finalmente la Junta Consultiva admitió la necesidad de extender el límite de participación del 10 por ciento en el capital de las entidades que van a contratar de acuerdo con el tratamiento que recoge la prohibición para contratar, partiendo de que entenderlo de forma diferente consagraría un supuesto de desigualdad al tratar de forma diferente dos casos iguales con clara vulneración del artículo 14 de la Constitución Española y, en segundo lugar, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil [27].

A nuestro juicio, la contraposición de la normativa europea revela la insuficiencia del régimen de incompatibilidades también en este aspecto. Como hemos expuesto, la nueva Directiva fija como límites la existencia de intereses directos o indirectos y, evidentemente, tanto si se ostenta un porcentaje u otro de la sociedad que licita se produce un conflicto de interés patente y manifiesto. Una colisión que contraviene literalmente el contenido recogido en su artículo 24.

Por otra parte, resulta pacífico que cuando un concejal sea administrador de una sociedad que pretende contratar con la misma entidad local donde ejerce su representación, opera la prohibición de contratar con el Ayuntamiento de conformidad con el artículo 60 TRLCSP, en relación con el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General. No obstante, las interpretaciones de los órganos consultivos han permitido que si renuncia a su acta de concejal el mismo día que presenta la propuesta en el procedimiento de licitación, no despliegue sus efectos la prohibición para contratar.[28]

Desde este prisma, tampoco es recomendable permitir esta práctica en la que además de un conflicto manifiesto de intereses, puede concurrir una práctica ilícita en la configuración que ofrece la nueva Directiva de contratación pública al poder generarse una influencia sobre el ente adjudicador. Obsérvese que el artículo 24 de la Directiva específicamente trata de evitar cualquier tipo de interés concurrente no sólo la persona titular del órgano adjudicador sino en todas aquellas personas que puedan intervenir en el procedimiento de licitación.

25 Así lo recoge expresamente el Informe 36/2000 de 30 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre incompatibilidades de los concejales.

26 Obsérvese en esta materia que las distintas CCAA han promulgado normas sobre incompatibilidades de los miembros del Gobierno Autonómico y de los Altos cargos de la Administración Autonómica que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar esta prohibición para contratar. En concreto, se pueden citar: la Ley 2/1996, de 2 de noviembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos de las Islas Baleares; Ley 1/2008, de 2 de julio, de Conflicto de Intereses de los miembros del Gobierno y Altos Cargos de Cantabria; la Ley 19/1996, de 4 de noviembre, de Incompatibilidades de miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Comunidad Foral de Navarra; Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos de Cataluña; Ley 8/2003, de 28 de octubre, Reguladora del Gobierno de las Incompatibilidades de sus Altos Cargos; Ley 5/1985, de 3 de junio, Incompatibilidades de miembros del Gobierno y Altos Cargos; Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración Andaluza.

27 A la misma conclusión llega la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 24/2011, de 12 de septiembre sobre las prohibiciones de contratar con personas jurídicas en cuyo capital social participen miembros de la Corporación Local.

28 En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de junio de 2006 (RJ 2006, 295943) que no considera que concurra causa de nulidad.

La prohibición de contratar por causa de incompatibilidad de un funcionario debe limitarse exclusivamente a la Administración Pública contratante, a la que pertenezca el funcionario tal y como dictamino la JCCA en su Informe 16/2002, de 13 de junio en relación con las incompatibilidades de los funcionarios públicos.

En este sentido las circunstancias que ocasionan la incompatibilidad de los funcionarios y que pueden tornarse en causas de prohibición con arreglo al artículo 12 de la Ley 53/1984 son: A) la pertenencia a consejos de administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el departamento, organismo o entidad en que preste sus servicios el personal afectado B) El desempeño, por sí o persona interpuesta, de cargos de todo orden en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas. C) La participación superior al 10 por 100 en el capital de las empresas o sociedades a que se refiere el párrafo anterior. Estas circunstancias son predicables también en cuanto a la contratación pública del cónyuge o personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 60 TRLCSP.

A este respecto, con la versión definitiva de la nueva Directiva de Contratos, también resulta necesario deslindar perfectamente los conflictos de interés que puedan producirse ya que, a nuestro juicio, las incompatibilidades de funcionarios permiten un ángulo de exención que puede facilitar prácticas corruptas.

Desempeño de servicios en empresas privadas relacionadas con el cargo

El artículo 60.1 apartado g) del TRLCSP contempla como prohibición para contratar:

"*g) Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo.*"

Esta circunstancia es una de las novedades que incorporó el TRLCSP con un resultado estéril[29]. Se diseñó para evitar que aquellos que han ostentado un cargo de relevancia en la Administración General del Estado puedan beneficiarse de su experiencia y generen un conflicto de intereses cuando, finalizado su cargo, se encuentren en el sector privado. Se persigue, por tanto, que determinadas personas durante su mandato o tras su cese, no utilicen indebidamente las influencias derivadas de su experiencia en el Gobierno o la Administración Pública una vez que ya se encuentran en el ámbito privado. Pese a ello su eficacia ha sido muy limitada y la colisión de intereses se ha trasladado incluso a las relaciones entre entes reguladores y entidades reguladas, en lo que supone una evolución en el comportamiento éticamente censurable. [30]

Realmente con la configuración de este supuesto se produce, de nuevo, la discordancia de esta previsión normativa con el resto de disposiciones que son de aplicación al resto de Administraciones Públicas. Ello porque, esta previsión, es predicable exclusivamente para los Altos Cargos de la Administración General del Estado sin que la normativa contractual incorpore, como sería deseable una previsión equivalente para el resto de Administraciones Públicas.

Es cierto que este aspecto, y parte de las limitaciones de la Ley 5/2006 de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, se extendieron al ámbito local[31] y que en el caso de las Administraciones Autonómicas, algunas CCAA han dictado

ESTUDIOS

29 Sin retroceder mucho en el tiempo, una visión de la trayectoria de las personas que han ostentado la condición de Ministros en las dos últimas legislaturas revela que la mayoría actualmente mantienen una vinculación con entidades ubicadas en el sector donde desempeñaron sus funciones. Dato que revela que la limitación temporal que fija la norma no es una prohibición sino una condición procedimental, fija el periodo que el político debe estar sin una vinculación aparente para poder formalizarla tras los dos años siguientes a cese del cargo.

30 Como ejemplos significativos podemos citar la polémica candidatura del ex Director General del Banco de España a presidir la Asociación Española de la Banca (AEB) o el nombramiento del Director de la Oficina Económica del Gobierno como presidente de la Patronal de las Constructoras (SEOPAN).

31 El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la ley del suelo introdujo en la Disposición Adicional Novena una modificación de la la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local respecto a las incompatibilidades de los titulares de órganos directivos locales sujetándola a lo establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. Igualmente estableció, únicamente, la limitación de dos años prevista en el artículo 8 de la Ley 5/2006 de 10 de abril e incorporó la obligación de que los representantes locales, los directivos y los funcionarios de especial responsabilidad declaren sobre posibles causas de incompatibilidad y

normas equivalentes en el ejercicio de sus competencias sobre la incompatibilidad de Altos Cargos del Gobierno Autonómico[32], no obstante, a nuestro juicio, es necesario un régimen básico y uniforme en relación a esta cuestión.

Por otra parte, en una sociedad tan dinámica como la actual donde los puestos directivos están vinculados generalmente con el partido político imperante y la mayoría de puestos de libre designación en el seno de la Administración Pública suelen tener un carácter transitorio, es necesario que se respeten los intereses concurrentes y que los conflictos de interés sean salvaguardados no sólo durante el ejercicio del cargo sino también posteriormente cuando el Alto Cargo ya ha cesado en su actividad, siendo el límite de dos años, un obstáculo testimonial tal y como se ha acreditado en la práctica.

2ª DISTORSIÓN: LAS CONDICIONES DE COMPATIBILIDAD

El articulo 56 TRLCSP señala que salvo los casos de dialogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras. En el caso de los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones, la Ley establece además, que no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras, ni a las empresas a éstas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

A nuestro juicio esta disposición sobre el procedimiento de contratación debiera perfilarse a la luz de las nuevas medidas para la integridad expuestas anteriormente. Sería conveniente que se erradicara la posibilidad de intereses indirectos de las entidades que participan en la elaboración de especificaciones técnicas y que expresamente contemplara el contenido de las medidas ilícitas plasmadas en la propuesta comunitaria. Es necesario determinar si las normas sobre contratación van a ser disposiciones vacías de contenido o si, tras el previsible mandato comunitario, pretendemos hacer controles férreos y efectivos.[33] Fundamentalmente porque, como hemos apuntado, si los presupuestos de hecho de las normas sobre integridad en la contratación pública van a depender de condiciones difíciles de acreditar se limita la eficacia de las garantías de contratación pública y se conculca la presunción de partida que debe ser la eliminación de cualquier eventual conflicto de interés, salvo que se pruebe lo contrario.

Por ello, tras la redacción de las conductas ilícitas en el procedimiento de contratación es necesario que las condiciones de compatibilidad recojan al menos todas las conductas vetadas por la normativa comunitaria.

3ª DISTORSIÓN: CAUSAS DE ABSTENCIÖN DEL ARTÍCULO 28 LRJAP Y 52 EBEP

Cabe plantearse cuál sería la relación entre el tratamiento del conflicto de interés que recoge la norma comunitaria y las causas de abstención y recusación, aplicables a autoridades y funcionarios, previstas en el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 52 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante la Ley 7/2007, de 12 de abril.

Según la doctrina la previsión de la normativa europea debe suponer un régimen de abstención y recusación más ambicioso en la contratación pública que en el resto de la actividad administrativa.[34] Debiera conllevar un

sobre sus bienes y actividades.

32 Además respecto a la prohibición del apartado g) del artículo 49 de la LCSP, el Dictamen del Consejo de Estado de 25 de mayo de 2006, sobre el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, sugirió la posibilidad de ampliar la limitación a las personas cercanas al sujeto que ha dejado de ser Alto Cargo de la Administración Pública. Esta propuesta era consciente de la necesidad de delimitar perfectamente los supuestos de incompatibilidad en estas ocasiones. Finalmente el texto legal mantuvo su redacción originaria.

33 El Informe 9/2010, de 15 de septiembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón examina la posibilidad de que la empresa redactora de un proyecto pueda presentar ofertas en el procedimiento de contratación de la dirección de obras. Concluye señalando que en un procedimiento de contratación de servicios de dirección de obras puede presentar proposición y en su caso resultar adjudicatario el empresario redactor del proyecto, sin que sea de aplicación en este caso la prohibición del articulo 56.1 LCSP, ya que las especificaciones técnicas y los documentos preparatorios del futuro contrato de dirección facultativa no son las contenidas en el proyecto de obras, sino otra diferentes, que corresponden a un contrato distinto y que definirán las características del servicio que deberá prestar el facultativo adjudicatario permitiendo caracterizarlo objetivamente. Además señala, en contra de nuestras tesis, que la redacción previa de un proyecto no supone en sí misma un clara discriminación positiva respecto del resto de futuros licitadores a la dirección de la obra, sin que quepa impedir el acceso a la licitación a quien no quede suficientemente demostrado que cuente con ventaja respecto a sus competidores. Esta exclusión solamente será posible si, como indica el articulo 56.1 TRLCSP "dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con el resto de empresas licitadoras.

34 Gimeno feliú, J.M. "Las nuevas directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública" *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 159, 2013, página 70.

régimen cualificado donde los agentes que puedan intervenir en el procedimiento de licitación garanticen un ámbito de imparcialidad evitando cualquier eventual situación de conflicto. En consecuencia, sería una norma especial, con un presupuesto de hecho más amplio, aplicable a todos los entes, organismos y entidades del sector público, cualquiera que sea su naturaleza, y, además, más garantista que los preceptos mencionados.

4ª DISTORSIÓN: LAS PREVISIONES NORMATIVAS SOBRE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO EN RELACIÓN A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En la contraposición normativa, era imprescindible examinar las incipientes y novedosas normas sobre transparencia y buen gobierno que han proliferado como el elemento de moda contra la corrupción. Los resultados no son los deseados en relación con las medidas de integridad que requiere la contratación pública.

La reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno mantiene el mismo régimen de incompatibilidades anteriormente comentado y resulta bastante limitado en relación a la contratación pública, pese a ser el cauce normal de conductas irregulares. Como pone de relieve BARRERO RODRÍGUEZ, el núcleo de la norma se centra en el derecho de acceso a la información como pilar fundamental de la actuación púbica transparente[35].

En consecuencia la célebre nueva disposición mantiene el mismo régimen de incompatibilidades con que hemos comentado con la misma limitación temporal y sin ninguna aportación sustancial que garantice ámbitos de imparcialidad como elemento imprescindible para lograr el gobierno que pretende garantizar la Ley.[36]

Tampoco el Proyecto de Ley de Transparencia Pública en Andalucía contiene mención alguna a las normas de integridad en el régimen de contratación[37]. Al igual que otras disposiciones autonómicas se articula como una norma sobre publicidad e información de la actividad de los poderes públicos, sin realizar ninguna modificación o ampliación del ámbito de aplicación de la Ley 8/2005 de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y Declaración de Actividades, Bienes e Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y Otros Cargos Públicos.

Ahondando en esta reflexión, los avances en la materia de contratación pública deben suponer un diseño más exigente del régimen de incompatibilidades incorporado de forma que impida que personas que ostenten esta condición puedan participar como accionistas o a través de personas vinculadas en procedimientos de licitación de la Administración Autonómica.[38] Es evidente que en el ámbito europeo se pretende evitar las situaciones de conflicto de interés, como un concepto más amplio que el régimen de incompatibilidad. Como un parámetro más exigente a la hora de calificar la moralidad administrativa y por ello, las disposiciones en relación a las causas de incompatibilidad, al régimen de contratación y, sobre todo, al buen gobierno deben perfilar las normas de tal manera que se cierren espacios que permitían eventuales conflictos de interés manifiestos y ostensibles.

El repaso al resto de disposiciones similares conduce a resultados parecidos. La Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y Buenas Prácticas de la Administración Pública Gallega no aborda los eventuales conflictos de interés en la contratación pública. Sólo el Anteproyecto de Ley de Transparencia Pública de Andalucía, aprobada por el Consejo de Gobierno el 4 de junio de 2013 y la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la Buena Administración y del Buen Gobierno de Illes Baleares, se refieren a esta cuestión. Ésta última, en concreto, se centra en esta cuestión en los artículos 34 a 36, en lo que supone un avance sustancial en la materia[39].

35 BARRERO RODRÍGUEZ, C. " La Disposición Adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información", *Revista Española de Derecho Administrativo* número 158/2013 pagina 26.

36 El artículo 27 de la Ley es el que se encarga de las incompatibilidades y la disposición final segunda es la que modifica la denominación de la "Oficina de Conflictos e Interés" a "Oficina de Buen Gobierno y Conflictos de Interés".

37 El Proyecto sí recoge disposiciones ambiciosas respecto a publicidad e información en el régimen de contratación. Novedoso resulta el artículo 15 del proyecto respecto a la información sobre contratos, convenios y subvenciones y, sobre todo, la Disposición Adicional Séptima del Proyecto, relativa a la transparencia en los procedimientos negociados sin publicidad. Se trata de una medida realmente novedosa que obliga a que las personas y entidades incluidas en su ámbito de aplicación a publicar en su perfil del contratante simultáneamente al envío de las solicitudes de ofertas a las que se refiere el artículo 178.1.TRLCSP, un anuncio, al objeto de facilitar la participación de otros posibles licitadores. Las ofertas que presenten los licitadores que no hayan sido invitados no podrán rechazarse excluisivamente por dicha circunstancia.

38 El artículo 9 de la Ley 8/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y Declaración de Actividades, Bienes e Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y Otros Cargos solamente exige que se acredite, mediante la oportuna certificación expedida por su órgano de dirección o representación competente, que no forma parte de los órganos de gobierno o administración, lo que en la práctica supone un espacio de dispensa donde pueden existir conflictos manifiestos de intereses al permitir situaciones de participación en sociedades como accionistas o a través de personas interpuestas.

39 El artículo 36 de la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de Buena Administración y de Buen Gobierno de Illes Baleares obliga a los Altos Cargos a abstenerse o inhibirse en aquellas decisiones que puedan afectar a sus intereses o los de persona con parentesco hasta segundo grado de afinidad.

En definitiva, si los avances europeos en materia de contratación pública pretenden elevar el nivel de moralidad administrativa exigiendo a los Estados miembros que detecten y solucionen los eventuales conflictos de interés que puedan concurrir, es lógico, que las incipientes normas sobre transparencia y buen gobierno, sobre todo en relación a este último objetivo, acompañen las disposiciones con medidas que garanticen la integridad en la contratación pública, como una parte esencial de la actividad de gobierno.

4. CONCLUSIONES

1º.- La nueva Directiva de Contratación Pública, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, introduce novedades en relación con la integridad en el procedimiento de contratación que pretenden, entre otros objetivos, evitar las prácticas deshonestas y el favoritismo en la contratación pública. La interdicción de los conflictos de interés prevista en el artículo 24, es la determinación normativa fundamental que los Estado miembros deben integrar de forma efectiva y útil en su normativa de contratación pública.

En el ordenamiento jurídico español, la aprobación de la nueva Directiva, debe conllevar, necesariamente, elevar la matrecha moralidad administrativa en la contratación pública española perfilando disposiciones y adoptando medidas complementarias que aseguren espacios de imparcialidad y objetividad para lograr la consecución del interés general.

2º.- La relación Derecho de la Unión Europea-normativa interna española revela la necesidad de perfeccionar determinadas disposiciones para evitar eventuales conflictos de interés debido a la fragmentación normativa, la dispersión de entes adjudicadores y la inexistencia de controles necesarios. Concretamente, para cumplir con el Derecho Comunitario, es imprescindible un nuevo diseño de los apartados f) y g) del artículo 60 TRLCSP relativo a las prohibiciones para contratar; es inaplazable fijar un régimen de incompatibilidades homogéneo para todos los poderes adjudicadores y también es conveniente establecer más medidas para garantizar que no se produzcan conductas ilícitas en la contratación pública[40].

Igualmente sería deseable que las incipientes normas sobre transparencia y buen gobierno incorporaran medidas en este ámbito que, sorprendentemente, ha quedado olvidado en el texto de estas disposiciones, ya que la eliminación de situaciones que puedan incidir sobre la imparcialidad o el establecimiento de controles para evitar la concurrencia de inclinaciones, son elementos imprescindibles para servir con objetividad a los intereses generales, a tenor del artículo 103 CE.

3º.- Como colofón a todo lo anterior, entendemos que las nuevas medidas sobre integridad en la contratación pública que se impulsan desde Europa deben servir para que en el ordenamiento español se completen correctamente las disposiciones existentes, aprovechando la coyuntura para elevar el nivel de moralidad administrativa, trasladando el parámetro de exigencia desde la prohibición y la incompatibilidad hasta el conflicto de interés, como medida para garantizar ámbitos de objetividad donde no puedan colisionar intereses concurrentes. Sería conveniente para ello, articular medidas homogéneas y uniformes para todos los entes adjudicadores con la finalidad de inspeccionar y controlar estas situaciones y lograr combatir, de una vez por todas, las complejas prácticas deshonestas.[41]

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ MARTÍN, J.A. "La futura ley de transparencia ¿una solución adecuada y creíble?" Revista Aranzadi Doctrinal número 7/2012.

- BARRERO RODRÍGUEZ, C. "La Disposición Adicional 1.3º del Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información" Revista Española de Derecho Administrativo número 158/2013.

- BESTEIRO RIVAS, DE J. *"Comentario al artículo 49 LCSP: Las Prohibiciones de contratar"*, edit. Aranzadi, Pamplona 2009.

- DE LA SIERRA MORÓN, S, "Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento de contratación

40 Cumplir con Europa en este ámbito no ha sido, precisamente, una especialidad del Estado Español. Como señala de la sierra, en su trabajo "Un legislador impenitente: Derecho de la Unión y procedimiento de contratación pública" *Revista española de Derecho Administrativo* número 149, página 1, si existe un ámbito del Derecho en el que el legislador español ha sido especialmente contumaz y persistente en el incumplimiento de Derecho comunitario, ese ámbito es la contratación pública.

41 Sobre las medidas para garantizar la integridad en la contratación resulta muy ilustrativo el estudio de GIMENO FELIU, J.M, "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?.Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública" *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 147, páginas 517 a 535.

públ ca" *Revista española de Derecho Administrativo* número 149.

- GALLEGO CÓRCOLES I. "Prohibiciones de contratar: el régimen de incompatibilidades (I)" Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas nº 40/2005, edit. La Ley, Madrid, 2005.

- GALLEGO CÓRCOLES I "Prohibiciones de contratar. El régimen de incompatibilidades (II)" Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas nº 41/2005, edit. La Ley, Madrid, 2005

- GARCIA TORRES, A. "Transparencia.-Acceso a la Información Públ ca.-Buen Gobierno. Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Públ ca y buen Gobierno" *La Administración Práctica* número 9/2012.

- GIMENO FELIÚ, J.M. "Las nuevas directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra públ ca" *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 159.

- GIMENO FELIÚ, J.M "La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?.Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública" *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 147.

- GONZÁLEZ ALONSO, A "Los principios del derecho administrativo comunitario" *Revista Aranzadi de la Unión Europea 6/2011.*

- GUAJARDO PEREZ, I "Afiliación política de los Magistrados del Tribunal Constitucional. Inadmisión de la recusación promovida contra su Presidente por el parlamento y la Generalidad de Cataluña (artículo 219 LOPJ nums. 9 y 10)" *Diario La Ley*, nº 8198, 25 de noviembre de 2013.

- J.A. MOLINA "Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada" *Revista de Administración Pública*, número 178, 2009.

- MEDINA ARNAIZ T."Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación públ ca", *Diario La Ley* número 7832, sección doctrina, de 16 de abril de 2010

- SANTAMARIA PASTOR, J.A. "La constante e interminable reforma de la normativa sobre contratación públ ca" *Revista Española de Derecho Administrativo,* número 159.

reALA NUEVA ÉPOCA

REALA, nº 2, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975

DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10186

Aproximación al estudio del gobierno y la administración local desde una perspectiva comparada

Juan F. Sánchez González

Doctor en Derecho Constitucional. Universidad de la Coruña. Funcionario de la Administración Local. Interventor del Ayuntamiento de Marín

jsanchezglez@cppo.es

Recibido: 22 de abril 2014
Aceptado: 23 de junio 2014

Resumen

La lógica de funcionamiento actual de acuerdo con el principio económico ha obligado a reflexionar sobre el estudio de las estructuras tradicionales sobre las que se asienta el Estado y, en particular, sobre aquellas que, entendemos, deben servir para recuperar la credibilidad de las instituciones políticas públicas, es decir, las entidades locales, cuya proximidad con el ciudadano las coloca en un lugar privilegiado para esta finalidad. Se ha aproximado el estudio desde una perspectiva comparada tratando de ofrecer referencias para su utilización en la adopción de estrategias de análisis sobre la evolución y reforma de la administración local.

Palabras clave
Gobierno local, administración local, Derecho comparado, competencias locales, organización municipal

Approach to the study of government and local government in comparative perspective

Abstract

The current logic operation according to the economic principle has forced reflect on the study of traditional structures on which the government rests, and in particular on those that we believe should be used to restore the credibility of political institutions, the local authorities, whose proximity to the city places them in a privileged place for this purpose. It has been estimated from a comparative study trying to provide references for use in decision analysis strategies on the development and reform of local government perspective.

Keywords
local government, local government, comparative law, local competitions, municipal organization

SUMARIO

1.- INTRODUCCIÓN. 2.- LAS VARIABLES DEL ESTUDIO COMPARADO. 3.- LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO DEL BIENESTAR Y LA PRESENCIA DEL GOBIERNO LOCAL EN LOS TIEMPOS DE CRÍSIS. 4.- CLASIFICACION DE LOS SISTEMAS DE GOBIERNO LOCAL. 5.- ORGANIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE GOBIERNO LOCAL. 6.- COMPETENCIAS Y FUNCIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES. 7.- TENDENCIAS Y REFORMAS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

1.- INTRODUCCIÓN

El trabajo que se presenta en esta obra tiene como objetivo estabecer un anál sis de ba Administración Públ ca introduciendo una perspectiva comparativa desde ba panorámica que ofrecen ba s real dades b cabe s de b s sistemas administrativos cercanos a nuestro entorno.

Este anál sis comparativo de ba Administración b cal en varios países de Europa y de América debería servirnos para comprender mejor ba Administración Públ ca en España y conocer en qué medida se pueden transferir prácticas administrativas entre países con el objetivo de ofrecer respuestas y solu ciones a estructuras ineficaces, modeb s obsobe tos o prácticas desacertadas, o mejorar ba s existentes mediante ba impba ntación de ebe mentos propios de unos u otros sistemas.

No se pretende una mera descripción de real dades municipales extranjeras y su mera transferencia a nuestra real dad b cal, sino que su estudio deberá permitir extraer tipob gías de modeb s y cba sificaciones rebe vantes en ba s estructuras de gobierno y ba s funciones y b s sistemas públ cos de prestación de servicios, describir sus ebe mentos y evalu ar b s efectos de b s diferentes entornos sobre ba estructura organizativa y el comportamiento burocrático y, en definitiva, permitir que se puedan extraer referencias para su util zación en ba adopción de estrategias de anál sis sobre ba evolu ción y reforma de ba administración b cal.

El objetivo del trabajo pba ntea aproximar ba s ideas que se expresan ilu strando un espacio de posterior desarrob que permita desengranar b s pba nteamientos que se sugieren en ba obra, de manera que el cometido fundamental será generar un contexto de reflexión con dichos postuba dos útil desde ba observancia comparada para proyectarse sobre nuestro entorno más próximo.

2.- LAS VARIABLES DEL ESTUDIO COMPARADO

El estudio comparativo de b s sistemas administrativos tiene un horizonte mut idimensional, cuyo objeto no resut a sencib de anal zar, sintetizándose a partir de ba adopción de variabe s que permitan identificar criterios de comparación útibe s y homogéneos en todos b s sistemas.

En este sentido se toma como referencia ba dinámica de ba s organizaciones administrativas, cuyos componentes internos vienen integrados por el conjunto de empbe ados públ cos, ba s estructuras organizativas y el comportamiento[1].

La función públ ca, o el conjunto de empbe ados públ cos resut a ser una variabe trascendental no sob por b s recursos que se destinan a ba financiación del personal sino por ba presencia indispensabe en b s procesos poí ticos de toma de decisiones. El pba nteamiento en el mundo b cal se habrá de orientar al estudio del diverso enfoque que real zan b s Estados, comparando su número, origen socioeconómico, sus características y condiciones y su desarrob en el ámbito públ co. Se podrá afrontar el estudio de ba s estructuras institucionabe s en que se desenvuelv en, ba presencia de b s at os funcionarios y su capacidad para acomodar ba neutral dad técnica que debe presidir su actuación con ba sensibil dad poí tica a b s pba nteamientos de b s responsabe s poí ticos, es decir ba s reba ciones de interacción entre poí ticos y empbe ados públ cos.

Resut a importante anal zar ba estructura administrativa con ba final dad de b grar una mayor comprensión de ba naturabe za y el funcionamiento de b s sectores públ cos en diferentes países. El estudio comparado de ba s estructuras administrativas b cabe s permitirá ayudar a abordar el tamaño y ba dimensión de ba s organizaciones municipabe s, ba s modal dades de prestación de servicios públ cos, ba s prioridades de b s distintos gobiernos y b s ámbitos donde concentran su actuación.

La perspectiva territorial que ejempl fica ba administración b cal es, quizás, ba variabe más rebe vante a considerar como ebe mento de comparación. Su estudio refbe ja el anál sis sobre el nivel de descentral zación de b s Estados sobre ba s funciones y servicios públ cos. Se deben pba ntear ba s fórmuba s de cba sificación de b s gobiernos b cabe s, su configuración funcional en atención al estatus constitucional con el que son detaba dos en cada Estado

1 Cfr. PIERRE, J., *Bureocracy in the Modern State. An introduction to Comparative Public Administration*. Ald ershort: Edward Eg ar, 1995, *in totum.*

y la influencia de la democracia local en el sistema nacional para conformar la voluntad de todos los ciudadanos y bajo ese mismo principio su capacidad para relacionarse con los restantes órganos del Estado en la realización de las competencias asignadas[2].

El comportamiento de los actores públicos locales presenta grandes dificultades para su estudio comparado, dado que es difícil encontrar definiciones operativas utilizables como para medir datos empíricos y ofrecer una interpretación adecuada. Bajo un modelo formal de estudio del comportamiento de los actores tomaremos como referencia la teoría que parte del supuesto universal de que los actores actúan maximizando su utilidad. Se considerara, bajo esa hipótesis, que el estudio no puede prescindir del contexto normativo en el comportamiento burocrático y conjuntamente nos ayudará a explicar cómo funciona realmente la administración pública y qué prácticas funcionan mejor, cómo y bajo qué condiciones[3] .

No puede desconocerse en todo Estado Democrático Constitucional que su legitimación procede, inequívocamente, del Pueblo, de la sociedad. El desarrollo tecnológico y social unido a la lógica en la aparición de sujetos como los partidos políticos que interactúan en el proceso de representación de electores y elegidos han dado lugar a un fenómeno que no puede extrañarnos. En los últimos tiempos y, con ocasión de las prácticas sobre el Buen Gobierno, se presenta con fuerza una nueva doctrina política que sostiene que los temas de gobierno y administración pública deben ser abiertos a todos los niveles posibles de transparencia. Debe procederse a la creación de espacios permanentes de participación y colaboración ciudadana para rescatar la vieja idea en desuso de democracia directa que nació en Atenas hace más de dos mil quinientos años.

La doctrina definida hace referencia al Gobierno Abierto, para ilustrar una nueva forma de ejercicio del Poder que asume el compromiso de garantizar que la administración y cualquier operación de gestión de los servicios públicos que el Estado asuma, puedan ser supervisadas por la comunidad, por el pueblo, por los ciudadanos.

Rescatar al ciudadano para que proyecte la soberanía que ejemplifica individualmente en el Estado Constitucional, no solamente en la posibilidad que tiene de elegir a sus representantes, sino también en la facultad de intervenir directamente en los procesos de toma de decisiones públicas, se presenta como tema de trascendencia evidente para el Derecho Público.

Para conseguir este importante objetivo social se hace cada vez más necesaria la existencia de un sistema político, jurídico y económico realmente transparente. Esto es, que los ciudadanos reciban, o al menos tengan acceso, a una información más rápida y detallada de todo lo que ocurre y se decide en las distintas instituciones públicas pertenecientes a los tres poderes en que se divide el Estado: legislativo, ejecutivo y judicial, así como en las entidades privadas o cuasi – privadas a quienes se encomienda la realización de fines de interés general como administraciones instrumentales al servicio de las administraciones públicas territoriales (empresas y entidades no lucrativas al servicio de fines públicos).

Explicada esta reflexión sobre la trascendencia en el mundo actual de acentuar el principio de transparencia como argumentación de regeneración del Estado Democrático, el contexto municipal proporciona un ámbito privilegiado para revitalizar ese principio constitucional sobre el que se asienta el Estado que no es otro que la soberanía popular.

La proximidad con el órgano decisor permite adquirir una sensibilidad más precisa al identificar los problemas de los ciudadanos, permite construir identidades comunitarias, haciendo sentir implicados, como ninguna otra administración, a los ciudadanos en la identificación de los conflictos, de las necesidades y en la convivencia en común.

El gobierno municipal constituye el mejor escenario para la participación de la ciudadanía, en el que la proximidad facilita el diálogo y la interacción personal entre los núcleos decisorios. Esa proximidad de los asuntos a los ciudadanos incentiva su presencia y disposición a implicarse y participar.

No sólo resulta importante, sino decisiva la vía de la participación ciudadana, dado que todo régimen democrático debe de establecer como principio, el reconocimiento de mecanismos de participación ciudadana en el ejercicio del poder y en los asuntos públicos, pero, además, el sistema político está condicionado por la capacidad de los gobiernos para satisfacer las demandas sociales y para mantener la estabilidad y el consenso político, lo cual solo es posible si existe y está presente un vínculo asociativo entre la sociedad y los diversos niveles institucionales que materializan el Poder.

2 Crf. KULHMAN, S., *Politik-und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa. Subnationaler Institutionenwandel in deutsch-französischen Vergleich*, Baden-Baden, 2009, *in totum*.

3 Cfr. BRANS, M., "Comparative Public Administration: From General Theory to General Frameworks", en PETERS, G.B. y PIERRE, J. (eds.), *Handbook of Public Administration*. London, 2003, pp. 424-439.

Con esta sentida justificación, la naturaleza de la relación entre Estado y sociedad civil parece variar en los diferentes países en función de los instrumentos empleados, la dirección de los contactos y los sujetos de la relación[4].

Con los instrumentos nos estamos refiriendo a las normas sobre acceso a la información y transparencia en las prácticas locales, pero también a la comunicación por los actores de las iniciativas adoptadas, las formas de implementación de las políticas públicas y sus resultados, el uso de las nuevas tecnologías de la información o su accesibilidad a los ciudadanos, o bien, en definitiva la existencia de asociaciones o procedimientos de implicación ciudadana en el gobierno local.

La dirección de los contactos y los sujetos de la relación acentúan la lógica de interacción de la administración y los ciudadanos concebidos en función de su mayor o menor aproximación al sistema y su capacidad o incapacidad para influir en las decisiones públicas.

3.- LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO DEL BIENESTAR Y LA PRESENCIA DEL GOBIERNO LOCAL EN LOS TIEMPOS DE CRÍSIS

A lo largo de los últimos años se ha venido desarrollando un proceso de maduración sobre el mundo local que obedece a un cambio en la percepción de la realidad social municipal sobre las tareas que se asumen por municipios y provincias.

Los procesos de modernización de las administraciones públicas y la virtualidad que ofrece el principio de proximidad al ciudadano han venido a diseñar una realidad social en la que el ciudadano exige a la administración municipal una variedad infinita de prestaciones que asume como de necesaria satisfacción por el entorno municipal.

Esta realidad social en la que se encuentra el municipalismo moderno en los tiempos de la globalización en donde los procesos decisionales en el ámbito público se han desplazado desde los orígenes de la teoría de la representación, que identificaba en la relación de representación dos órganos fundamentales, esto es, representantes y representados, para presentar como elemento imprescindible a los partidos políticos, ha obligado a rediseñar el planteamiento de la clásica representación liberal del siglo XIX, no sólo para incluir en la relación a los partidos políticos, sino también para presentar a toda una serie de actores y grupos de interés que se escapan de los límites y controles del Estado Constitucional y Democrático y cuya presencia ha venido a replantear las estructuras sobre las que se erigió el clásico Estado Social.

Hoy día vivimos en una situación de cambio radical en la percepción de la realidad social sobre las funciones y el equilibrio de fuerzas que representan los poderes constituidos, sin que se comprenda el alcance y relevancia de muchos de ellos ni se establezca planteamiento constructivo de fondo, sino al contrario, predominan, cada vez más, los movimientos rupturistas que amenazan la propia supervivencia del régimen constitucional democrático instaurado con tanto esfuerzo en el siglo pasado.

Un Estado Social, de Derecho y verdaderamente Democrático, no puede prescindir del establecimiento de suficientes garantías que aseguren una participación real y efectiva de los ciudadanos en los procesos decisionales.

Bajo este contexto la realidad social municipal no sólo es consciente sino que se ve obligada a responder ante la dinámica en el desarrollo del propio Estado, viniendo a ocupar parcelas que se han abandonado desde la lógica estatal y que el ciudadano ha venido a exigir a aquella institución que le es más fácil de percibir y de comprender en sus postulados, es decir, el municipio.

Los entes locales se presentan como los más adecuados para afrontar las principales finalidades del Estado Social en sus relaciones con la Sociedad. Las necesidades más básicas y primordiales se hacen patentes en los niveles locales por ser en éstos donde se produce el contacto más próximo que facilita el prácticamente inmediato, conocimiento de las demandas ciudadanas así como la articulación de acciones y medidas de respuesta de la Administración pública para su correspondiente satisfacción.

La Constitución de 1978, en su artículo 1.1, define al Estado español como un Estado social y democrático de Derecho. Esta realidad constitucional impone, la superación de un Estado abstencionista propio de la concepción decimonónica del Estado de Derecho, por un Estado asistencial que sea vehículo de unas prestaciones positivas a favor de los ciudadanos, caracterizado por la concepción del status de ciudadanía no sólo como una común participación en valores y en derechos políticos propia del Estado liberal de Derecho, sino también en los bienes económicos y culturales.

La Administración Pública se posiciona en el Estado social como uno de los poderes públicos que singularmente ha de operar y hacer efectiva la socialidad del Estado a través de una positiva actividad asistencial y prestacional.

4 *Ibid.*

El Tribunal Constitucional desde los inicios en su actividad de intérprete supremo de la Constitución española, se manifestó señalando que la cláusula del Estado social y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el artículo 9.2, impone actuaciones positivas de los poderes públicos. El tratamiento común a los administrados que preceptúa el artículo 149.1.18 ha de entenderse en el Estado social con un alcance no meramente formal, sino también con un contenido sustancial en forma de pautas de prestaciones mínimas que deba proporcionarse a todos los ciudadanos.

Así pues, partiendo de esta premisa no puede quedar duda alguna de que la Administración pública debe acomodar su actividad y organización a la consecución de los fines propios del Estado social, esto es, a dar a los ciudadanos las prestaciones y asistencia que se derivan de los llamados derechos sociales, mediante la creación y configuración de los servicios públicos necesarios.

Es en este contexto donde el concepto de autonomía local se presenta como herramienta más eficaz del Estado para ofrecer una respuesta en detrimento de las restantes instancias y que, además, va a percibirse por la ciudadanía como eminentemente prestadora de servicios para garantizar una calidad de vida digna.

La existencia de un ámbito local de decisión, próximo al ciudadano y consciente de las preocupaciones y necesidades de éste, constituye una de las manifestaciones más relevantes del Estado social, ejemplificando, como ningún otro, uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, cuál es la igualdad de los individuos (art. 1.1 y 9.2 CE) como objetivo de la acción de los poderes públicos. El establecimiento, desde la óptica local, de un conjunto de ámbitos de intervención estatal que garanticen un estándar mínimo de condiciones de vida en una sociedad moderna, democrática y avanzada es esencial para mantener los postulados de un Estado Social a los que contribuye, como ningún otro, como advertimos, la administración municipal.

Un estudio comparado del gobierno y la administración local permitiría concienciar sobre las diversas percepciones que tienen los Estados de la significación y alcance del municipalismo y su trascendencia en la definición del Estado Social o Estado prestador de servicios en los tiempos actuales, que nos ilustrará sobre los objetivos y orientaciones que podría afrontar el Estado español.

4.- CLASIFICACION DE LOS SISTEMAS DE GOBIERNO LOCAL

Con la finalidad de comparar los gobiernos locales se hace necesario distinguir la estructura institucional (*local government*) y la actividad realizada por la misma (*local governance*). Estableciendo una pauta general podríamos distinguir entre sistemas de jerarquía fusionada y sistemas de jerarquía dual[5]. Esta diferenciación hace referencia a la mayor o menor presencia del Estado en la administración local mediante delegados o prefectos o si la esfera local desde la perspectiva institucional es completamente independiente de los emisarios estatales.

También en este entorno de clasificación del mundo local se atiende a criterios de dimensionamiento, como la identificación de las relaciones entre los niveles locales y el nivel central[6]. Desde la perspectiva teórica se ha planteado, incluso, la distinción entre sistemas monistas y dualistas[7]. Distinción que atiende a la existencia de un órgano que aglutina todos los poderes locales a través de una asamblea de cargos electos y sus comisiones tanto para la adopción de decisiones como para la ejecución de las mismas (modelo monista), o la existencia de dos o más órganos quienes se reparten las funciones decisorias, a través de un pleno local elegido por los ciudadanos, y las funciones ejecutivas y administrativas que se encomiendan a otro órgano, ya sea alcalde elegido directamente, asamblea u órgano ejecutivo colegiado y funcionalmente autónomo. El análisis de la estructura de funcionamiento de la organización municipal en el ámbito comparado será desarrollado en el siguiente epígrafe, concentrándonos en el presente a la exposición de los modelos comparados de gobierno local y sus características esenciales, para extraer elementos comunes que permitan establecer conclusiones sobre la optimización del régimen actual.

Una aproximación a las formas de clasificación de los gobiernos locales en el ámbito internacional parte de considerar a los Estados de Bélgica, Holanda y Luxemburgo. Estados con influencia tanto de la tradición estatal germánica como del modelo napoleónico, que se remonta al siglo XIX.

Bélgica, creada en 1830, ha evolucionado desde la óptica de un Estado unitario regionalizado en los años 1960 hacia su actual configuración como Estado federal, con influencia recíproca y división en dos partes esenciales, flamenca y francófona. Luxemburgo, dado su escaso tamaño, aún siendo Estado unitario, próximo al sistema

5 Cfr. LINDSTROM, A., "The comparative study of local government: a reserch agenda", *Journal of Comparative Policy Analysis*, 1: 95-115. También en HEINELT H., HLEPAS, N., "Typologies of Local Government Systems", en BÄCK, H., HEINELT, H., HUBERT, MAGNIER, ANNICK (eds.), The European Mayor. Political Leaders in the Changing Context of Local Democracy. Wiesbaden, 2006, pp. 21-42.

6 *Ibid.*

7 Cfr. WOLLMANN, H., *Comparing Local Government Reformas in England, Sweden, France and Germany*, en www.wuestenrot-stiftung.de/download/local government.

REALA, nº 2 julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975 – DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10186

francés, no posee elementos de significación en la comparación. Si resulta interesante Holanda, que durante el S. XIX tras la ocupación francesa adoptó un modelo unitario con estructuras intermedias al modo de los departamentos y prefectos franceses, bajo un sistema de organización territorial similar a las provincias (*Provincies*) y las comunas o municipios (*Gemeenten*).

Los Países Bajos poseen fuertes gobiernos intermedios y existe una clara dependencia de los niveles locales del nivel nacional lo que influye en la interpretación del grado de autonomía con el que desarrollan sus funciones y traslada a un plano secundario el establecimiento de conclusiones para el diseño de tipos ideales o pautas de mejora en la reflexión sobre el gobierno local.

En los países anglosajones, Reino Unido e Irlanda, es característica la tendencia centralizada de organización territorial, alejados de la filosofía revolucionaria francesa de identificación de todo núcleo de población con un municipio[8]. A pesar del reconocimiento de la trascendencia de las corporaciones siendo en Reino Unido donde afloró la idea del self-government basado en la idea de la representatividad —responsabilidad de las autoridades locales ante los electores, con ello incorporando la autonomía en la decisión, gestión, organización y financiación del ámbito local, pero con subordinación al Parlamento y a los controles del gobierno central establecidos y definidos en la ley[9] y que se actualizó a través de la ratificación de la Carta Europea de la Autonomía Local, no existe un reconocimiento constitucional de la autonomía local, ni posee protección legal de ninguna naturaleza, ni siquiera desde la percepción del sistema del *common law* y el carácter judicial de su derecho. En este contexto existen actualmente 431 corporaciones locales, si bien, con lógica diversa en Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda del Norte.

Podremos generalizar dos niveles de gobierno local, distinguiendo condados (*counties*) y distritos (*districts*), que pueden ser metropolitanos o no metropolitanos[10]. Algunos de los distritos se denominan *boroughs*, a modo de ciudades o municipios. En Gran Bretaña, en las zonas rurales, existe un tercer nivel formado por las parroquias (*parishes*), siempre bajo la supervisión y el control nacional, sin que la escasa regionalización de Reino Unido intervenga en las relaciones con la administración local.

La zona norte de Europa ha establecido, históricamente, una perspectiva singular en la interpretación del alcance de la esfera local. Conformada por los Estados de Suecia, Finlandia, Noruega y Dinamarca, su sistema local de gobierno se asienta en la atribución a este ámbito de una participación trascendental en el mantenimiento del Estado de Bienestar. La responsabilidad en la provisión de los servicios públicos fundamentalmente atribuidos al Estado Social corresponde a la administración municipal. La posición trascendental de los entes locales en estos Estados toma como fórmulas de referencia tanto las propias del ámbito anglosajón, como el reconocimiento de la autonomía local pero bajo el control de la esfera central del Estado y la existencia de estructuras regionales débiles, como elementos propios de la tradición germánica, como la descentralización y la protección de las estructuras sub-estatales. No existe un instrumento de protección constitucional o local de la autonomía de las estructuras locales, pese al reconocimiento práctico de ámbitos de decisión trascendentales para la interpretación del Estado, sin que ello signifique una conflictividad entre las instancias de gobierno, asumiendo la tutela estatal, que, sin embargo, se ha ido reduciendo los últimos años, mediante la creación de fórmulas de estructura regional o el reconocimiento de la capacidad de autorregulación municipal en las comunas libre[11].

Los Estados de la zona Mediterránea y el sur de Europa comparten una historia marcada por la presencia de los regímenes absolutistas monárquicos y la tendencia a la expansión de sus fronteras, de modo que resulta comprensible su tendencia centralizadora con la concentración del poder político y administrativo en órganos estatales. En esta tendencia centralizadora, como Estados unitarios, se mantienen Portugal, Grecia y, en menor medida, Francia. Sin embargo, otros Estados, bajo la influencia de la tradición alemana han adoptado fórmulas de descentralización, como España e Italia.

La Revolución francesa de 1789 generó profundos cambios desde la Teoría del Estado y el Derecho Constitucional y tuvo una influencia decisiva en la interpretación de los modelos de organización territorial de los Estados Europeos. Sin embargo, con la instauración del modelo napoleónico se generalizó la idea del modelo centralizado de Estado y la subordinación del poder local al mismo.

8 Cfr. CADY, J.C., "Local Government", en AA.VV., *An Introduction to French Administration*, Institut International dÁdministration Publique, París, 1996, 121-132.

9 Cfr. STUART MILL, J., *Considerations on representative government*, Londres, H. B. Acton Dents and Sons, 1980.

10 Cfr. WILSON, D., y GAME, C., *Local Government in the United Kingdom*, London, Macmillan, 1998, pp. 69 y ss.

11 Cfr. LOUGLIN, J., HENDRIKS, F y LIDSTRÖM, A., *The Oxford Handbook of Local and Regional Democracy in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

A pesar del reconocimiento en la Asamblea Nacional Constituyente y los Decretos de 1789 en donde se reconoció que todo núcleo de vecinos debía constituirse en municipio, ello no significó el reconocimiento de un auténtico pouvoir municipal para las entidades locales que aparecieron durante el S. XIX en Francia. El alcance de ese poder municipal fue discutido como auténtico reconocimiento de autonomía o subordinación al interés general del Estado[12].

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que los acontecimientos determinaron que en el tránsito del Absolutismo del Antiguo Régimen hacia el modelo del Constitucionalismo Liberal se perdieran por el camino las reivindicaciones iniciales sobre las *municipalités*. La esencia del municipalismo napoleónico se confirmó sobre el modelo centralista y uniformista que caracteriza a la organización territorial francesa, mediante la incorporación de la figura de los prefectos, como órganos de representación en las circunscripciones territoriales de los intereses del Estado, desarrollando, en esencia, tareas administrativas.

El Estado francés ha experimentado una evolución reciente mediante la introducción de elementos propios de los modelos descentralizados. De este modo, se ha aprobado una reforma constitucional en 2003 que modifica la denominación del Estado, para ser una "*Republique descentralisée*". Adquirió así trascendencia el entorno municipal, mediante el reconocimiento de principio de subsidiariedad, interpretando la lógica de la administración local como administración más próxima al ciudadano y el establecimiento de mecanismos de garantía de la autonomía política local.

Con las reformas descentralizadoras se han introducido hasta tres niveles en la organización territorial del Estado, distinguiendo entre regiones, departamentos y comunas (*commune*)[13].

A pesar de que se ha incrementado el número de competencias recibidas del Estado en las comunas, su trascendencia, al hilo del incremento de la importancia de departamentos y regiones, se ha difuminado y se ha ofrecido un tratamiento uniforme para todo el ámbito municipal, salvo las ciudades de París, Lyon y Marsella, que cuentan con un estatuto especial, sin que este uniformismo pueda contribuir a generar una interpretación lógica de la distribución de las competencias locales en Francia.

Los Estados italiano y español comparten un sistema organizativo territorial similar. Ambos son modelos descentralizados con una administración local dividida en dos niveles, el municipal y el provincial. La unidad administrativa básica en Italia es el *comune* (municipio o comuna), que constituyen la base de la Provincia, compartiendo con España idéntica problemática en relación al excesivo número de municipios y la existencia de núcleos diseminados de población por todo el territorio. El número de provincias italianas es mucho mayor a las provincias en España, y su población media es menor[14]. La problemática sobre la atribución de mayor relevancia a las regiones o a las provincias como niveles intermedios de decisión se plantea en parecidos términos a lo que sucede en España. De este modo, los procesos de regionalización y provincialización han ido avanzando desde los años setenta, al igual que en España desde la aprobación del Texto Constitucional de 1978 ha avanzado el Estado hacia una óptica descentralizadora, con idéntica problemática sobre si la descentralización deberá extenderse no sólo al nivel autonómico sino también al local.

12 La discusión en relación al alcance de la autonomía local y su interpretación asociada al significado del primigenio pouvoir municipal desbordaría los límites del trabajo, si bien, resaltar que siguiendo a STERN, K., la idea de la autonomía local se ha desarrollado desde su primigenia configuración sobre la base de cuatro teorías doctrinales de distinta procedencia: la teoría francesa del pouvoir municipal, la teoría francesa de la descentralización, la teoría germana de la asociación aplicada a las colectividades municipales y la teoría del government inglés. Cfr. STERN, K., *Derecho del Estado de la República alemana*, CEPC, Madrid, 1987. pág. 248.

13 Cfr. LOUGLIN, J., *Subnational Government: the French experience*. London. Palgrave. 2007.

14 El Parlamento italiano aprobó el pasado 4 de abril de 2014, de forma definitiva, el Decreto de Ley « Svuota Province » al que también se conoce como Decreto de ley Delrio (nombre del ministro que lo ha promovido). Esta nueva ley prevé la reducción de las competencias de las provincias y elimina la elección directa de sus representantes políticos pasando a ser indirecta. Las provincias resultan reformadas, con una importante limitación en sus funciones, siendo gestionadas por los alcaldes del territorio. Los consejos provinciales no se elegirán más por los ciudadanos de forma directa, como hacían hasta entonces, y sus funciones políticas serán ejercidas de forma gratuita. La reforma entrará en vigor el 1 de enero de 2015 y hasta entonces los actuales presidentes y comisarios extraordinarios asegurarán la tutela de estas administraciones.

En este nuevo contexto, las provincias tendrán como competencias: la coordinación de la planificación territorial ; la protección y valorización del medioambiente ; la planificación de los servicios de transporte, de autorización y de control en el ámbito del transporte privado ; la construcción y gestión de carreteras provinciales y control de su tráfico; la planificación de la red de escuelas provinciales; la recolección y trato de datos y asistencia técnica y administrativa a las colectividades locales. Además, en acuerdo con los municipios, las provincias pueden asegurar la gestión de los edificios escolares.

Por otro lado, el texto prevé la creación de nueve ciudades metropolitanas que entrarán en vigor el 1 de enero de 2015 : Turín, Milán, Venecia, Génova, Bolonia, Florencia, Bari, Nápoles y Reggio de Calabria. Además de Roma, que tiene un estatuto especial. Estas metrópolis tendrán las funciones de las provincias y un campo de acción territorial más amplio. Se ocuparán del desarrollo del territorio metropolitano, de la promoción y gestión de las redes de servicios, de las infraestructuras y de la comunicación.

En España, hoy día se ha experimentado un cambio en el enfoque sobre la presencia de las provincias en la organización territorial, reforzándose su presencia a través de la última modificación de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local, mediante la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la administración local, sobre la idea esencial de la sostenibilidad de los gastos de las administraciones municipales y el incremento de la confianza en la Provincia como instancia llamada a atender los servicios públicos locales cuya adecuada gestión supere los límites objetivos para la capacidad de los municipios.

En los Estados Unidos los sistemas locales se dividen en dos niveles de gobierno dentro de cada uno de los Estados federados. La lógica federal estadounidense determina una regulación heterogénea por cada Estado federado de cada uno de los dos niveles de gobierno, pudiendo generalizar, sin embargo, dos instituciones fundamentales: el condado (*county*) y una gran variedad de sistemas de gobierno municipales (*municipalities, towns, townships*). En esta óptica descentralizadora característica en EEUU, sin embargo, no existe reconocimiento constitucional de la autonomía del gobierno local, no goza de protección frente al resto de Poderes Constituidos, del mismo modo que el resto de Estados de tradición anglosajona. El desarrollo de los ámbitos funcionales de decisión local corresponde a los Estados federados, sin que puedan realizar más competencias que las que esta entidad haya predeterminado como propias del ámbito local.

La lógica burocrática del modelo de M. Webber[15] sobre la organización funcionarial y la estructura de trabajo de la administración ha sido superado desde hace muchos años en Estados Unidos donde es generalizada la utilización de fórmulas gerenciales e instituciones y actores que participan en el poder. Esta afirmación también se proyecta en el mundo local, donde existen, junto a los gobiernos locales, un gran número de organismos locales especializados en servicios específicos (residuos, transportes, agua)... llamados *special districts*, en parte elegidos y en parte emanan de los gobiernos locales, lo que plantea una complejja red de actores locales y un número cuantioso difícil de analizar[16].

En los países de la Europa del Este la influencia del régimen comunista es notoria aunque predomina la utilización de fórmulas y estructuras del sistema napoleónico. De este modo resulta interesante resaltar las reformas iniciadas en estos Estados con el objetivo de aproximarse a las democracias europeas tradicionales y la lógica Constitucional en la interpretación y el entendimiento del principio de división de poderes. En este sentido, los Estados están afrontando cambios profundos con objetivos de integración progresiva en la Unión Europea a fin de posicionarse como un Estado dentro de contexto internacional que pueda ofrecer seguridad jurídica y elementos de credibilidad democrática y jurídica para operadores, actores y ciudadanos de todo el mundo. En este contexto y con la preocupación por la definición de la estructura fundamental del Estado y su horizonte funcional, se traslada a un segundo plano la apreciación de los niveles municipales de gobierno, pues los escasos recursos con los que cuentan imposibilitan cualquier atribución significativa que evidencie una posición singular de la autonomía local.

La complejidad territorial que confiere el carácter federal-descentralizado del sistema constitucional en Alemania se ha trasladado al nivel municipal con importantes repercusiones en la clasificación de su organización[17]. Las entidades locales en Alemania poseen diversa estructura en función del tamaño de los *Länder.* En los nueve *Länder* considerados grandes[18] existen tres niveles político-administrativos: las regiones (Bezirke), las comarcas (*Kreise*) y los municipios (*Gemeinde*). En los cuatro *Länder* pequeños[19] no existe nivel regional intermedio, asumiendo las funciones de coordinación el *Land* directamente con el nivel municipal.

Existen en Alemania las llamadas ciudades de distrito libre (*Kreisfreistädte*) que aglutinan las funciones de comarcas y municipios, sobredependientes de la región en los *Länder* grandes.

La heterogeneidad en el desarrollo del nivel local es la característica fundamental para explicar este nivel administrativo. Dado que la responsabilidad en la configuración de municipios, comarcas o regiones corresponde al *Land*, quién ostenta la titularidad de la competencia para la legislación local, existen multitud de divergencias entre sistemas locales de unos y otros *Länder*, lo que genera una profunda permeabilidad a la variación y el cambio en las estructuras según la intención de unos u otros decisores en función de las exigencias de cambio de la propia realidad social. Resaltar, sin embargo, que esta orientación hacia las sensibilidades de cada uno de los municipios que integran los *Land* es tradicional en el sistema germánico. El reconocimiento de la cláusula de capacitación o competencia general (*Alzuständigkeit*) para delimitar la autonomía local (*Selbständigkeit*) tiene un importante

15 Cfr. WEBBER, M., *Sociología del poder: los tipos de dominación*, Alianza, 2012, *in totum*.

16 Cfr. BOBBIO, L., *I goberni locali nelle democrazie contemporanee*, Roma, Bari, Laterza, 2004, in totum.

17 Cfr. WOLLMAN, H. y KULHMAN, S., "Federal Republic of Germany (Bundesrepublik Deutschland)", UCGL, Country Profiles, 2008.

18 Incluimos en este grupo a Baden-Württemberg, Baviera, Hessen, Renania del Norte-Westfalia, Renania Palatinado, Saschen, Saschen-Anhalt, Turingia y Baja Sajonia.

19 Brandemburgo, Baja Pomerania, Schleswig-Holstein y Sarre.

alcance, si bien su proyección se debe circunscribir a la gestión del interés general del Estado y bajo la dependencia y en el marco de actuación que la legislación de *Länder* les permita[20].

Esta diversidad en los sistemas de clasificación de los gobiernos locales se completa con la referencia al Estado de Canadá. La Constitución de Canadá reconoce al Estado con un régimen organizativo próximo al Federal, en el que existen, junto al Estado central, las provincias que poseen autonomía para la gestión de sus intereses. Las entidades locales son reguladas por las provincias, quienes detallan el alcance y ámbito de gestión que corresponderá a los municipios. A pesar del reconocimiento de las entidades locales muchas de sus iniciativas requieren aprobación provincial, e, incluso, las propias entidades locales recurren a la planificación provincial para el diseño e implementación de sus políticas locales[21].

Bajo este contexto, en Canadá se distinguen en el ámbito local, los municipios, en los que se incluiría a las ciudades, pueblos o entidades que poseen una heterogeneidad muy significativa, en atención a la dispersión geográfica que caracteriza al Estado canadiense y a su población, siendo, la gran mayoría de municipios, de menos de 10.000 habitantes.

Existen, en un escalafón supramunicipal, los gobiernos regionales, creados por las provincias en los que se agrupan varios ayuntamientos para la prestación más eficaz de sus servicios. La cualificación de la autonomía de estas regiones es diferente dependiendo del grado de cohesión de los municipios a los que agrupe.

Como último tipo de entidad local en Canadá deben mencionarse los organismos especializados (*special purpose bodies*), como entes especializados cuya creación se fundamenta en la idea de la nueva gestión pública y la utilización de las fórmulas instrumentales para la prestación más eficaz de servicios públicos.

La clasificación que se expone evidencia las singularidades propias de los Estados, que desde la óptica Constitucional y los principios Democrático y de Derecho, proyectan sobre su organización territorial las características que han considerado identificativas de los mismos.

5.- ORGANIZACIÓN DE LOS SISTEMAS DE GOBIERNO LOCAL

En los Estados Constitucionales modernos es relativamente frecuente la utilización de fórmulas de reconocimiento en su interior de diversas instancias dotadas de capacidad de autodecisión para la gestión de ámbitos específicos de actuación pública. Las acepciones utilizadas son diversas pero comparten elementos organizativos comunes.

De este modo se distingue entre un nivel básico de gobierno local, el municipio, bajo una terminología distinta en función del Estado al que nos refiramos, ya sea municipio, comuna o villa, y, de otra parte, entes nacidos de la imposición legal, o bien de la institucionalización de una agrupación de entidades locales primarias (básicas), es decir, provincias, condados o distritos. Las competencias y funciones atribuidas a las entidades locales se distribuyen entre estos dos niveles de gobierno local.

Hemos realizado una aproximación en diversos Estados para manifestar las razones históricas o políticas que conducen a la aparición de las entidades locales en unos y otros, expresión de su idiosincrasia y de las particularidades de su realidad social. El desarrollo institucional, funcional y organizativo de estas entidades locales no ha sido uniforme, sin que se puedan categorizar tareas atribuidas con generalidad a uno u otro nivel de gobierno.

Es compartido en la gran mayoría de los Estados la idea de que la excesiva fragmentación de la planta local resulta inoperativa desde una lógica de eficiencia que debe presidir toda actuación de la Administración Pública, planteándose medidas comunes como la fusión de municipios que posean un número muy reducido de habitantes o creación de instituciones de cooperación intermunicipal, o, incluso, en algunos Estados, se han abordado reformas de la estructura organizativa en el ámbito local.

Estos factores históricos o políticos para la explicación de la naturaleza de la institución municipal en cada Estado deben complementarse con factores como el tamaño de los Estados y la propia densidad de población de los municipios o ciudades, para aconsejar unas u otras soluciones. Este carácter asimétrico para el análisis del ámbito local dificulta la precisión en su estudio, debiendo partir, en consecuencia, de considerar el mayor o menor grado de descentralización que posee el Estado para delimitar los distintos niveles de gobierno local.

20 Cfr. KNEMEYER, F. L. "Verfassung der kommunalen Selbstverwaltung", en KÖNIG, K., y SIEDENTOPF, H., *Offentliche Verwaltung in Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 203-216.

21 Cfr. COLLIN, J.P., LÉVEILLÉE, J., "Municipal organization in Canada. Tradition and transformation, Varing from Province to Province". Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS). Diputación de Barcelona. Villes Régions Monde, 2003.

Con el objetivo de establecer un cuadro comparativo de datos en relación con los Estados y los diversos niveles de gobierno local, y, atendiendo a la presencia o no del factor descentralizador como elemento del Estado, acompañamos un cuadro comparativo a partir del cual se pueden estudiar las particularidades de los distintos tipos.

Estado	1º nivel	2º nivel	3ºnivel	Población (miles)	Superficie (Km2)	Hab/municip.
Bulgaria	264 municipios			7.547	111.002	28.587,12
Chipre	378 municipios			804	5.695	2.126,98
Estonia	226 municipios			1.340	45.227	5.929,20
Finlandia	342 municipios	2 regiones		5.363	338.145	15.681,29
Irlanda	114 consejos locales			4.476	69.797	39.263,16
Letonia	119 municipios			2.239	64.589	18.815,13
Lituania	60 municipios			3.287	65.300	54.783,33
Luxemburgo	105 municipios			507	2.586	4.828,57
Malta	68 consejos locales			414	316	6.088,24
Portugal	308 municipios	2 regiones		10.636	92.152	34.532,47
Eslovenia	210 municipios			2.049	20.273	9.757,14
Austria	2.357 municipios	9 Länder		8.370	83.871	3.551,12
Dinamarca	98 municipios	5 regiones		5.546	43.098	56.591,84
Grecia	325 municipios	13 regiones		11.305	131.957	34.784,62
Hungría	3.177 municipios	19 condados		10.000	93.029	3.147,62
Países Bajos	430 municipios	12 provincias		16.611	41.528	38.630,23
Rep. Checa	6.250 municipios	14 regiones		10.538	78.868	1.686,08
Rumanía	3.180 entidades locales	41 departamentos		21.431	238.391	6.739,31
Eslovaquia	2.928 municipios	8 regiones		5.430	49.034	1.854,51
Suecia	290 municipios	20 condados		9.378	449.964	32.337,93
Alemania	12.104 municipios y ciudades distrito	301 distritos rurales	16 Länder	81.744	357.027	6.753,47
Bélgica	589 municipios	10 provincias	6 comunidades y regiones	10.883	30.528	18.477,08
España	8116 municipios	46 provincias	17 CCAA y 2 ciudades autónomas	46.073	505.997	5.676,81
Francia	36.682 municipios	100 departamentos	26 regiones	64.812	632.834	1.766,86
Italia	8.094 municipios	110 provincias	20 regiones	60.468	301.336	7.470,72
Polonia	2.479 municipios	379 condados	16 regiones	38.191	312.685	15.405,81
Reino Unido	406 entidades locales	28 condados	3 naciones	62.195	243.820	153.189,66
EEUU	19.372 municipios y 16.629 ciudades	3.043 condados	50 estados	308.000	9.629.091	8.555,32
Canadá	4.507 municipios	10 provincias	3 territorios	34.000	9.984.670	7.543,82

De los datos que se exponen en la tabla que se acompaña se puede deducir que la mayoría de Estados con un solo nivel de gobierno local son países de reducido tamaño y población, por lo , de reducido número de municipios.

Los Estados con dos niveles de gobierno local oscilan en población entre los seis y los quince millones de habitantes y poseen una gran diversidad tanto en número de municipios y los entes intermedios.

Para estos Estados la *ratio* habitantes por municipio suele ser alta, diseñando municipios con una población media de 20.000 habitantes, destacando, sin embargo, que existen factores históricos, sociales, funcionales y económicos que conducen a la dispersión geográfica de la población, concentrándose en grandes ciudades y desertizando los núcleos rurales. Este argumento aconseja, en consecuencia, la racionalidad en la conceptuación de estructuras de vida municipal asentadas adicionales que los meramente matemáticos sin que se pueda precisar, en exclusiva, el factor medial para determinar el tamaño ideal de unos y otros ayuntamientos. Aunque, sin embargo, resulta completamente cierto que no es posible prescindir de la necesidad de crear instituciones que posean auténtica capacidad de gestión y cuyo reducido tamaño no imposibilite o haga excesivamente complicada la prestación de los servicios públicos que tenga encomendada.

Los Estados con tres niveles de gobierno local son grandes tanto en términos de superficie como de población, compartiendo las mismas características de la diversidad y heterogeneidad en la delimitación de los tipos de gobierno local, en la dispersión poblacional, con el añadido de la dificultad de armonizar los intereses propios de

las entidades que se añaden a la conjunción de la voluntad del Estado, que habrá de extraerse de la interpretación coordinada de todas las entidades que lo integran.

En este tipo de Estados se encuentra España, con características de un Estado de tamaño y población considerable, que posee una *ratio* de unos cinco mil habitantes por municipio, pero donde es especialmente acusada la dispersión geográfica. De este modo, mientras que la ciudad de Madrid es la tercera ciudad más habitada de Europa, detrás de Londres y Berlín y por delante de París y Roma, en España, el 60% de los ayuntamientos tienen menos de 1000 habitantes (4855). En sólo 63 municipios están concentrados el 40% del total de habitantes, es decir 19.000.000 de personas en el 0,8% del total de municipios[22]. La fragmentación en España es especialmente acusada y constituye uno de los principales problemas del municipalismo ahora analizado.

En términos comparativos, España posee una densidad de población y un municipalismo de fragmentación muy acusada. Tomando como referencia este dato, España tiene 91,21 hab. por Km2, frente a los 200,67 de Italia, los 228,96 de Alemania e, incluso, a pesar del gran número de municipios, los 102,42 de Francia, lo que genera que la planta municipal española posea estructuras administrativas destinadas a un número muy reducido de ciudadanos y los recursos de los que pueden disponer los órganos e instituciones de estos entornos se encuentren completamente superados para la correcta prestación de las competencias asignadas.

Esta característica de la excesiva fragmentación municipal en el primer nivel de gobierno local se da en muchos otros Estados (Francia, Italia, Hungría, Rep. Checa...), compartiendo idénticas consecuencias en la adecuada prestación de servicios. Otros Estados poseen estructuras de mayor tamaño, sea por la naturaleza del tipo de Estado o por la adopción de medidas de reorganización municipal (Alemania, Bélgica, Grecia, Reino Unido o Suecia), anticipadas en el último tercio del siglo XX con la finalidad de resolver la inviabilidad de tales estructuras.

El primer nivel de gobierno local se debe estudiar a partir del estatuto municipal reconocido para las instancias que lo representan. De esta manera, debemos distinguir en función del tratamiento homogéneo o la heterogeneidad en la delimitación de los tipos diseñados de gobierno local.

Existen una gran mayoría de Estados que establecen sistemas homogéneos comunes para los niveles municipales (Suecia, Dinamarca, España, Portugal, Italia....), pero existen otros Estados que poseen sistemas heterogéneos de organización del primer nivel de gobierno local (Reino Unido, Alemania...), dada la atribución a sus instancias intermedias de la posibilidad de desarrollar el régimen jurídico municipal, unido a las exigencias propias de la realidad social, que imponen que las ciudades grandes, con capacidad y medios para desarrollarse autónomamente, tengan reconocido un *status* que particularice específicamente sus intereses como entidad local con autonomía para la toma de decisiones sin circunscribirse a un ámbito territorial delimitado al margen de su naturaleza metropolitana. Esa conceptuación que se impone desde la lógica urbanística-funcional, se completa con la presencia de los intereses propios y de la capacidad de autodecisión de los entes intermedios, llamados a regular en su ámbito territorial, a los entes de este primer nivel local.

La distinción entre entidades en atención a la posesión de un régimen jurídico particular se acompaña de otro fenómeno que se identifica como la utilización de fórmulas de *open government,* cuyo trasfondo institucional se suele asociar al ámbito municipal, como avanzamos, gracias a la proximidad de la institución con el ciudadano y la identificación y participación activa de los mismos ante los problemas de ámbito local. La reorganización municipal asume este tratamiento diferenciado acentuado por la mayor o menor presencia de las personas en la formación de la voluntad de los organismos municipales.

La heterogeneidad de las entidades de este primer nivel y su desarrollo desorbitado se ha tratado de atajar con estrategias de fusión de municipios, sistemas de asociacionismo municipal o creación de entidades específicas generadoras de economías de escala para la prestación de servicios de alcance supramunicipal. Sin embargo, la mayor parte de los países han utilizado un segundo nivel de gobierno local para intentar resolver la excesiva fragmentación municipal.

En este sentido, se ha generalizado la presencia de un ente local de mediación entre las entidades locales primarias y los distintos niveles de gobierno[23] (en nuestro caso, entre el Gobierno estatal y el Gobierno de las Comunidades Autónomas), dada la necesidad de hacer frente a las insuficiencias organizativas y financieras de los pequeños municipios, a través de una entidad de mayor escala que permita aunar esfuerzos para resolver éstas.

De esta manera, mientras que las ciudades pueden contar con recursos propios para hacer frente a los servicios considerados como públicos, a prestar a sus vecinos, los pequeños municipios se ven avocados a buscar otras alternativas, incluso para prestar los servicios más básicos a sus ciudadanos.

22 Datos extraídos del Instituto Nacional de Estadística. 2012.

23 Vid., los *Kreise* alemanes, las Provincias belgas, las Provincias italianas o los *Nomi* griegos.

La práctica demuestra que vivir en un pequeño municipio, y a veces, incluso no tan pequeño, sólo es viable, en términos de disfrute de servicios públicos, si existiese una entidad supralocal que se encargase de compensar las deficiencias estructurales derivadas de su tamaño reducido, suministrando recursos y programas de acción conjunta a una colectividad organizada de entes locales primarios.

Se impone a la realidad social la presencia de argumentos que justifiquen la existencia de un ente intermedio supralocal, coordinador de servicios públicos de carácter local, para tratar de equiparar en trato a los vecinos de las grandes ciudades. Se trataría de plantear una entidad impulsora de contenidos, promoviendo la intermediación, facilitando la colaboración a través de programas y estímulos financieros, a través de espacios de encuentro entre ámbitos locales y asumiendo cargas financieras para financiar las inversiones de los entes a los que coordina.

Hemos estudiado ya que la mayor parte de la población se concentra en las grandes ciudades, que vienen a condensar a la gran mayoría de los ciudadanos, quedando cada vez más desertizados los pequeños pueblos.

Se advierte así que el funcionamiento aislado de los municipios pequeños es ineficaz desde el planteamiento de la correcta prestación de los servicios públicos, tales como los demandados en los tiempos actuales. En tales circunstancias, ante la afirmación hecha por el Poder Constituyente de 1978 de que España se configura como un Estado social y democrático de Derecho, la correcta prestación de los servicios públicos parece justificar el diseño de un sistema de organización supralocal.

Históricamente el segundo nivel de gobierno local nació vinculado a la construcción del Estado, como instrumento de proyección del nivel central en el conjunto del territorio, como manifestación organizativa de la voluntad del Estado como organización central en su intento por que el conjunto del Estado funcionase con mayor grado de cohesión, armonizando el funcionamiento del Estado, desde esta estructura, en todo el territorio nacional.

Lo cierto es que ese proceso funcionó de suerte distinta en cada Estado, dando lugar, a su vez, a estructuras distintas, como las provincias, en Italia o España, los departamentos en Francia, condados en Inglaterra o Suecia o distritos en Alemania.

El nivel intermedio ha experimentado en su evolución dos marcadas tendencias en su estructura institucional y funcional. Con la primera de ellas nos referimos a que se ha afianzado un nivel de gobierno local próximo a los municipios, dando lugar a los sistemas de administración local en dos niveles, característicos de los Estados europeos, con organizaciones creadas a similitud del ente primario, mediante asambleas representativa y gestores elegidos (sea directa o indirectamente)[24]. En segundo lugar, las instancias intermedias han ido asumiendo progresivamente más funciones, asociadas a la solidaridad y redistribución dentro de su ámbito territorial cuando los entes locales de primer nivel se encuentren desbordados o su actuación sea más eficaz con una gestión supramunicipal.

El desarrollo actual en el ámbito funcional de estas entidades intermedias es bien distinto dependiendo del Estado que se analice, sin que exista un criterio que permita homogeneizar resultados, mientras unos Estados potencian estas entidades (España) otros se encaminan hacia su desaparición (Italia).

La organización municipal debe completarse reconociendo la presencia de las grandes ciudades y áreas metropolitanas. La naturaleza de la concentración poblacional ha venido a exigir la conceptuación de las grandes ciudades con una lógica particular absorbiendo las facultades que tanto entes primarios como entes intermedios vendrían a ocupar sobre su territorio. En algunos Estados, las grandes ciudades disfrutan de un estatus reforzado en el sistema de organización local. De este modo existen ciudades de distrito libre (*Kreisfreie Städte*) en Alemania, los *borough-county* o *unitary concils*, en Reino Unido, los *megyei* en Hungría o los *powiat* en Polonia[25].

6.- COMPETENCIAS Y FUNCIONES DE LOS GOBIERNOS LOCALES

La naturaleza de las funciones que deben ser encomendadas a las instituciones representativas del nivel local presenta, en la actualidad, una importancia creciente por diversos factores.

El cambio significativo en la dinámica de la organización del poder en el Estado en la era actual de la Globalización y la crisis económica han determinado una nueva manera de entender el Estado del Bienestar. En este nuevo marco influido por estos factores, cuya interpretación resulta complejo de descifrar, el municipalismo debe asumir la tarea de ser capaz de contribuir a reducir la desigualdad en el desarrollo de la vida de sus ciudadanos ofreciéndose como Administración más próxima, capaz de sentir, como ninguna otra, las necesidades de los

24 Para una visión más específica de la problemática sobre los entes intermedios, vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.F., "La diversidad en los entes intermedios: la provincia y las nuevas veguerías tras el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Una aproximación a las comarcas en Galicia". *Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña*, Nº 15, 2011, págs. 129-146.

25 Cfr. MARCOU, G., WOLLMAN, H., "Europe", en *First UCLG Global Report on Descentralization and Local Democracy in the World*, Research Network on Local Government in Europe (GRALE), 2007, pp. 128-163.

ciudadanos.

La tendencia, hasta la actualidad más reciente, de extensión del número de competencias locales mediante el reconocimiento a través de disposiciones normativas de los distintos Estados, tomaba como referencia su asociación a fines específicos, en aplicación del artículo 4 de la Carta Europea de la Autonomía Local, en conjunción con los superiores intereses generales apreciados por el Estado. En este sentido, se ha utilizado la cláusula de competencia general del apartado 2 de este artículo 4 para reconocer la posibilidad de intervención a la administración local en todo aquello que afecte a sus intereses. Si bien, como han avanzado Marcou y Wollman[26] la cláusula de capacitación general no es un principio de distribución de competencias, sino un principio de libertad, de enorme trascendencia y que ha sido reconocida en la gran mayoría de Estados europeos, aunque con fórmulas más complejas de interpretar, como sucede en España[27].

A pesar del reconocimiento, con mayor o menor intensidad, de esta cláusula de competencia la realidad práctica ofrece una clara distorsión entre este potencial ámbito de actuación y las posibilidades prácticas de materializar políticas activas en el mismo.

En los municipios europeos podemos generalizar ciertas funciones, como las relacionadas con el desarrollo urbanístico y la ordenación territorial, los servicios sociales y la gestión de servicios de atención a personas con dificultades económicas, sociales o colectivos de inserción social, las infraestructuras básicas de las condiciones de vida de la población (servicios de recogida de basura, residuos, abastecimiento de agua, vías públicas, limpieza, alcantarillado, alumbrado público)... , reconociendo, sin embargo, su presencia generalizada en múltiples competencias que no siendo, por naturaleza, suyas, sino propias de otras administraciones, su ejecución parece requerir la presencia indispensable de la administración local. En este sentido, nos referimos a servicios relacionados con la educación, la sanidad, la cultura o el deporte, entre otros muchos.

El estudio de las funciones asumidas por las entidades locales en los distintos Estados exige no tanto un análisis de la naturaleza de cada una de ellas y su mejor ejecución por unas u otras administraciones públicas, sino más bien un estudio de los distintos elementos que cada Estado posee para dar respuesta a las competencias asignadas.

En este sentido, la posibilidad de asumir competencias propias viene determinada no sólo por el factor de autonomía local reconocida y su permeabilidad o no respecto a la administración estatal o regional a quién se encomienda la tarea de tutelar, sino también por la existencia de suficientes recursos para poder realizar eficazmente dichos cometidos.

Existen diversas tendencias en los Estados analizados que nos permiten clasificar el nivel de suficiencia de recursos de las administraciones locales en diversos bloques.

Los países nórdicos, Finlandia, Dinamarca, Suecia, destacan por poseer un gasto público local superior al 20% del P.I.B. Como hemos estudiado, son Estados que proyectan a un nivel muy importante la autonomía local y, en consecuencia, reconocen su presencia e importancia en los recursos públicos destinados a dar cobertura a los servicios asumidos.

Un segundo tramo de Estados es el que se podría situar entre el 6 y el 13% del P.I.B. En este tramo se encuentran Estados como Alemania, con un 11,7%, Francia, con un 8,2%, Italia, con un 8,8% y España con un 12,0%.

7.- TENDENCIAS Y REFORMAS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

La lógica de funcionamiento actual sobre la base de la crisis económica ha replanteado el escenario en el que se deben desarrollar las administraciones públicas. Este fenómeno preocupa, especialmente, a nuestro Estado, que ha permanecido en el inmovilismo desde hace muchos años, olvidando la realidad municipal y orientando sus esfuerzos en el desarrollo autonómico y estatal.

Otros Estados han adoptado, desde hace muchos años, medidas de modernización de las administraciones locales. En el ámbito anglosajón la experiencia de Weber sobre el modelo clásico de burocracia fue superada por un modelo conocido como Nueva Gestión Pública, que planteaba la utilización de fórmulas que corrigieran la

26 *Íbid.*

27 En España, el reconocimiento de dicha cláusula se podría extraer de la literalidad del artículo 25.1 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases de régimen local, recientemente modificada para reducir el espacio de dicho principio que se reconoce en los siguientes términos: "El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo". Con esta regulación parece alejarse de la cláusula general, circunscribiendo el ámbito de intervención a los asuntos específicamente citados en el apartado 2 del artículo 25, máxime tras su reciente modificación con la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

rigidez e ineficacia del modelo burocrático tradicional, sustituyendo el control jerárquico por una gestión basada en indicadores de rendimiento y una organización especializada. Esta nueva orientación política se trasladó al mundo local, inicialmente en Reino Unido y posteriormente en Suecia. Se reconocen iniciativas en este ámbito como el modelo *"best value"*, programa que planteaba la separación en la organización municipal de las funciones de comprador y proveedor, así como en Alemania el *"Neues Steuerungsmodell"* que ponía en entredicho la primacía a toda costa de la legalidad y el control jerárquico.

El resto de Estados europeos permanecieron con las estructuras tradicionales, sin que la Nueva Gestión Pública penetrase en sus esquemas organizativos hasta avanzada la década de pasado siglo XX.

En el debate sobre la modernización del sector público local ha comenzado a asentarse la idea de que las autoridades públicas locales deben limitarse a la formulación de políticas públicas, mientras que la ejecución de las mismas debe encomendarse a empresas privadas, con esquemas y estructuras basadas en la competitividad.

En España se han utilizado estructuras instrumentales, a modo de organismos autónomos o entidades públicas empresariales en el mundo local, sin que se pueda ofrecer un juicio significativo de balance sobre sus resultados, muchas veces utilizados como fórmulas que no persiguen la eficiencia, sino una aplicación más flexible del ordenamiento jurídico bajo su personificación cuasi-privada.

El debate sobre la utilización de estructuras privadas en el sector público, trasciende los límites objetivos de este artículo y sólo nos interesa establecer como pauta la orientación local generalizada hacia las fórmulas privadas de gestión asociadas al cumplimiento de los estándares económicos que se imponen, la eficiencia económica y el modelo gerencial, aunque iniciático en el mundo local, sobre todo en España, se presenta como una máxima imprescindible para el desarrollo del gobierno municipal.

Una clara tendencia de nuestro tiempo es la asociada con la reducción del número de municipios, a través de procedimientos de fusión buscando la generación de economías de escala. Se ha señalado anteriormente que las unidades más grandes se adaptan mejor a la escala y la complejidad de los actuales problemas sociales[28]. Se han citado las reformas iniciadas en Dinamarca y Suecia y también puede resultar interesante la iniciativa italiana de supresión de las provincias, como entidades intermedias. Se han planteado, del mismo modo, estructuras administrativas más eficientes como mancomunidades de municipios o consorcios, potenciando vías de cooperación y colaboración intermunicipal con el objetivo de tratar conjuntamente problemas o formas de prestación de servicios comunes. Este es el mismo argumento que nos sirve para justificar la existencia de las entidades intermedias, en el segundo nivel local, ya analizadas, cuya justificación, como vemos, debe conciliar su objetivo de corregir desequilibrios locales con la problemática de la delimitación de espacios con otras entidades a fin de no generar ineficiencias y duplicidades.

Es destacable, sin embargo, en ciertos Estados europeos, la tendencia de reducción de la escala, con el objetivo de aproximar la administración al ciudadano. Es decir, la descentralización política ha experimentado un incremento asociado a la tendencia sobre el *"open government"*, por cuya virtud se requiere una mayor presencia del ciudadano en la adopción de decisiones. Se han potenciado los instrumentos de participación ciudadana a nivel local, ejemplificando a la administración municipal como organización capaz de dar cobertura real a esa participación, mediante la creación de fórmulas como jurados de ciudadanos, refrendos populares, presupuestos participativos, asociaciones y entidades con presencia activa en política local y el uso de las nuevas tecnologías de la información. Esta presencia activa del ciudadano en la vida local se da fundamentalmente en la zona nórdica y occidental, siendo los países del sur (España, Portugal, Italia y Francia), más reacios o pasivos a adoptar medidas en profundidad para potenciar la participación ciudadana.

Las tendencias manifestadas sobre el horizonte municipal deben servirnos para superar la desafección del ciudadano sobre el sistema de organización político, aprovechando la lógica de proximidad para recuperar el baluarte sobre el que se asienta el Estado, que no puede ser otro que el principio democrático.

BIBLIOGRAFÍA

BOBBIO, L., *I goberni locali nelle democrazie contemporanee*, Roma, Bari, Laterza, 2004.

BRANS, M., "Comparative Public Administration: From General Theory to General Frameworks", en PETERS, G.B. y PIERRE, J. (eds.), *Handbook of Public Administration*. London, 2003.

CADY, J.C., "Local Government", en AAVV, *An Introduction to French Administration*, Institut International

28 Cfr. SCHAAP, L., GEURTZ, J.C.H.C, GRAAF, L.J. y KARSTEN, N., "Innovaciones en los gobiernos sub-nacionales europeos", *Política y Sociedad*, 47 (3), 2003, pp. 145-163.

dÁdministration Publique, Paris, 1996.

COLLIN, J.P., LÉVEILLÉE, J., "Municipal organization in Canada. Tradition and transformation, Varing from Province to Province". Institut de Ciències Polítiques i Socials (ICPS). Diputación de Barcelona. Villes Régions Monde, 2003.

HEINELT H., HLEPAS, N., "Typologies of Local Government Systems", en BÄCK, H., HEINELT, H., HUBERT, MAGNIER, ANNICK (eds.), The European Mayor. Political Leaders in the Changing Context of Local Democracy. Wiesbaden, 2006.

KNEMEYER, F. L. "Verfassung der kommunalen Selbstverwaltung", en KÖNIG, K., y SIEDENTOPF, H., *Offentliche Verwaltung in Deutschland*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

KULHMAN, S., *Politik-und Verwaltungsreform in Kontinentaleuropa. Subnationaler Institutionenwandel in deutsch-französischen Vergleich*, Baden-Baden, 2009.

LINDSTROM, A., "The comparative study of local government: a reserch agenda", *Jornal of Comparative Policy Analysis*, 1: 95-115.

LOUGLIN, J., HENDRIKS, F y LIDSTRÖM, A., *The Oxford Handbook of Local and Regional Democracy in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

LOUGLIN, J., *Subnational Government: the French experience*. London. Palg rave. 2007.

MARCOU, G., WOLLMAN, H., "Europe", en *First UCLG Global Report on Descentralization and Local Democracy in the World*, Research Network on Local Government in Europe (GRALE), 2007.

PIERRE, J., *Bureocracy in the Modern State. An introduction to Comparative Public Administration*. Ald ershort: Edward Elg ar, 1995.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J.F., "La diversidad en b s entes intermedios: la provincia y la s nuevas veguerías tras el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Una aproximación a las comarcas en Galicia". *Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña*, Nº 15, 2011.

SCHAAP, L., GEURTZ, J.C.H.C, GRAAF, L.J. y KARSTEN, N., "Innovaciones en los gobiernos sub-nacionales europeos", *Política y Sociedad*, 47 (3), 2010.

STERN, K., *Derecho del Estado de la República alemana*, CEPC, Madrid, 1987

STUART MILL, J., *Considerations on representative government*, Londres, H. B. Acton Dents and Sons, 1980.

WEBBER, M., *Sociología del poder: los tipos de dominación*, Al anza, 2012.

WILSON, D., y GAME, C., *Local Government in the United Kingdom*, London, Macmillan, 1998.

WOLLMANN, H., *Comparing Local Government Reformas in England, Sweden, France and Germany*, en www.wuestenrot-stiftung.de/downb ad/b cal government.

WOLLMAN, H. y KULHMAN, S., "Federal Republic of Germany (Bundesrepublik Deutschland)", UCGL, Country Profil s, 2008.

reALA NUEVA ÉPOCA

REALA, nº 2, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975

DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10191

Estado de Derecho, Estado Autonómico y Energías Renovables en Italia

Giuseppe Franco Ferrari
Catedrático de Derecho Público comparado. Universidad Bocconi de Milán
Ferrari.giuseppe@unibocconi.it

Recibido: 25 de enero 2014
Aceptado: 2 febrero 2014

Resumen

Este artículo describe la evolución de la situación normativa y factual de las energías renovables en el ordenamiento italiano - La dependencia energética del extranjero debido a falta de materias primas clásicas ha influido sobre el desarrollo del sector hídrico, del geotérmico y de las bioenergías, mientras que el eólico y el fotovoltaico han encontrado obstáculos en la sensibilidad de las poblaciones locales hacia las temáticas del medio-ambiente - El sector de la energía atómica conoció un desarrollo vivaz y precoz hasta la mitad de los años '80, cuando varios referéndums populares abrogaron las normas concernientes localización y construcción de las centrales. Desde entonces el ordenamiento italiano solo se ha ocupado del desmantelamiento de las plantas existentes.

Palabras clave
Energías renovables, nuclear, eólica, fotovoltaico, bioenergías, geotérmicas

Rule of Law, State Autonomy and Renewable Energy in Italy

Abstract

This article describes the evolution of the Italian legal and factual framework concerning renewable energies. The strong dependence on foreign sources, caused by the lack of carbon and petrol has influenced the development of the hydric sector, of geothermical energies and bionergies. Wind and photovoltaic energies have been obstacled by the resistance of the local population towards possible damages to the environment. At the same time, the use of atomic energy was precociously developed in the '60s and '70s, till 1987. At that time, three referenda abrogated the most important provisions concerning localization and construction of atomic plants. Since then, the Italian legal system has dedicated many efforts for the dismantling of existing plants.

Keywords
Renewables, nuclear, wind, photovoltaic, bioenergy, geothermal

SUMARIO

1. Introducción; 2. Energía hidroeléctrica; 3. Energía nuclear; 4. Energía eólica: 5. Sector fotovoltaico; 6. Bioenergías; 7. Energías geotérmicas.

1. INTRODUCCIÓN

Las energías renovables en el ordenamiento italiano presentan aspectos muy importantes desde el punto de vista constitucional, posiblemente debido a factores domésticos peculiares, de naturaleza tanto institucional cuanto política. Algunos problemas, concernientes a la repartición de competencias entre Estado y Regiones de autonomía especial, en cuyo territorio se encontraban muchas fuentes de energía hidroeléctrica, fueron resueltos en los primeros años de la vida de la República, entre 1946 y 1948, aunque no han acabado nunca de fomentar tensiones, en primer lugar por su relevante valor económico; otros, en punto a la energía atómica, con tal de que pueda considerarse renovable y no solamente alternativa, habían sido afrontados con bastante anteelación en comparación con otros países europeos, pero al final se bloquearon en los años 80, por causa de la oposición de movimientos y partidos verdes y radicales, y por fin de una amplia mayoría de la opinión pública; otros, en el sector de la energía eólica, surgieron bastante tarde y también acabaron bloqueados en la última década también por el conflicto entre la falta de energía barata y el deseo de protección del territorio y del paisaje; por fin, las técnicas fotovoltaicas han suscitado también problemas de protección del paisaje, después de haber logrado una discreta difusión, sobre todo en las Regiones del Sur.

El conjunto de esos factores ha generado una dependencia de las fuentes energéticas tradicionales que sobrepasa la de todos los principales países del occidente[1] y ha influido muchísimo sobre el costo de las materias primas, poniendo el sistema industrial italiano en una posición de desventaja frente a los otros sistemas industriales, capaces de producir mayores cantidades de energía a precios más bajos. Sin embargo, en 2012, de un total de 340.400 GWh consumidos, un 27,1% han sido suministrados por fuentes renovables, con una alza del 3% en comparación con el año anterior. El reparto interno es el siguiente: 12,3% depende del sector hídrico, 1,6% del geotérmico, 3,9 del eólico (2,8 en 2011, con un incremento del 36%), 5,5% del fotovoltaico (3,1 en 2011, con un incremento del 74,7% en el año), 3,7% de bioenergías (3,1 en 2011, con acrecimiento del 15,3% en el año).

El texto constitucional original no hacía ninguna mención de la materia energía, y tampoco de las energías renovables. En consecuencia, el sector pertenecía sin duda a la competencia del Estado. La revisión constitucional del Título V en 2001 introdujo en las competencias legislativas concurrentes "producción, transporte y distribución nacional de energía", asignando así los principios a la ley estatal y su ejecución en detalle a las Regiones. Por lo tanto, hasta 2001 los problemas de reconstrucción de la materia se resolvían según los criterios interpretativos constitucionales generales, por lo menos fuera de las Regiones especiales, cuyos estatutos autonómicos ya contenían disposiciones específicas; después de 2001, en cambio, muchas cuestiones interpretativas tuvieron que ser encaradas desde la perspectiva de la división de competencias entre Estado y Regiones, tanto en casos de impugnación principal de leyes regionales por el Estado o estatales por las Regiones, como en conflictos de atribución referidos a actos administrativos, y también en casos de devolución incidental a la Corte constitucional.

2. ENERGÍA HIDROELÉCTRICA

La presencia de una parte montañosa muy considerable del territorio nacional ha representado para Italia una relevante fuente de riqueza en forma de energía hidroeléctrica, tanto en las Regiones alpinas cuanto en la dorsal apenina. De hecho en 1933, cuando fué adoptado el Texto único de las aguas, con real decreto 1775[2], un porcentaje muy alto del total de la producción italiana de energía eléctrica era imputable a derivaciones de aguas públicas y centrales hidroeléctricas realizadas por empresas privadas en régimen de concesión o por haciendas municipales, como la Azienda elettrica municipale (AEM) de Milán, que desde el final del siglo XIX construyó varios diques y establecimientos de producción de energía eléctrica en el norte de Lombardía para proveer de electricidad a la ciudad metropolitana y a los municipios limítrofes. Entre 1933 y 1950 prácticamente no había[3] otras fuentes de energía que la hidroeléctrica. La construcción de plantas alimentadas con combustibles a base de petróleo y sus derivados empieza con la nacionalización de 1962 y con las masivas inversiones de ENEL. De hecho, en 1933 la producción hidroeléctrica era de 11.300 GWh, la termoeléctrica tradicional de 274, y nunca había sobrepasado el nivel de 350; en 1951, restablecida la producción industrial después de los daños de la guerra mundial, la primera

1 Italia, según datos Enel de 2011, tiene la mayor dependencia energética del extranjero, antes que España, y la mayor dependencia de las fuentes tradicionales.

2 R.D.11 diciembre 1933, n.1775.

3 Datos Terna.

REALA, nº 2 julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975 – DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10191

l egaba a 26.354 GWh, la segunda a 1.284; desde entonces la primera sigue creciendo con regula ridad, la segunda mucho más rápidamente, con el crecimiento impetuoso de la demanda doméstica e industrial en los años 50 y 60, hasta que en 1967 la producción termoeléctrica adelanta a la hidroeléctrica, en 1972 sube al doble, en 1976 al triple, en 1989 al cuádruple, también debido a la desaparición de la nuclotermoeléctrica en 1987[4]. La producción de energía de origen hídrico puede por su naturaleza subir sólo lentamente, y encontrando el límite insuperable de la razonable explotación de los recursos naturales. Por eso, de los 46.107 GWh de 1963 sube a los 54.407 de 2010, nivel máximo de siempre.

Entre otras cosas, en el nuevo siglo Regiones y administraciones locales empiezan a obstaculizar con fuerza nuevas solicitudes de desviaciones hídricas con la finalidad de producción eléctrica, en gran parte por razones de protección del medio ambiente frente al consumo y a la explotación del territorio. La oposición se manifiesta con la creciente complicación de los procedimientos administrativos, no tanto para la concesión, como para los permisos de construcción de las obras civiles necesarias de competencia municipal, una vez conseguida la concesión, o incluso, por ejemplo, en la expresión de opinión negativa en la conferencia de servicios que precede a la emanación de la concesión. El contencioso en los tribunales administrativos regionales y en el Consejo de Estado crece de hecho exponencialmente[5] y no es raro que acabe con la anulación de actos de denegación de permisos e indemnización de perjuicios ocasionados por el retraso.

El texto único de 1933, en tiempos de centralización, había asignado al Estado y a sus órganos periféricos la competencia en la gestión del patrimonio hídrico. La progresiva actuación del regionalismo después de 1970 ha comportado la devolución a las Regiones ordinarias de muchas tareas en cuanto a la titularidad y al uso de las aguas. Empezaron, antes de la revisión constitucional de 2001, la ley 36/1994[6] y los decretos legislativos 112/1998 y 79/1999[7], cuyo impacto en conjunto ha sido la devolución de casi todas las competencias estatales a las Regiones ordinarias.

En cuanto a las Regiones especiales, sus historias son bastante diferentes. En Valle d'Aosta, la versión originaria del Estatuto[8] daba a la Región competencia exclusiva en materia de aguas públicas para riego y uso doméstico (art. 2, letr. m) y confería una competencia de integración y de actuación en materia de disciplina de uso de aguas públicas para uso hidroeléctrico (art. 3, letr.d). Las aguas públicas no concesionadas todavía pasaban a la Región a título de concesión por 99 años, pudiendo formar objeto de sub-concesión (art. 7), de acuerdo con una contribución anual o tarifa no superior a la suma determinada por el Estado, con opinión de la Junta regional. Tres entidades privadas desde el principio del siglo XX habían comenzado a construir centrales: SIP, Edison y Ansaldo. En 1933 IRI adquirió la propiedad de SIP. En 1962 la Región impugnó la nacionalización eléctrica, pero sin éxito[9]. Entre 1991 y 2001 la Región compró muchas de las centrales existentes en el territorio regional al través de una sociedad anónima (Finaosta), y luego creó la Compagnia Valdostana delle acque (CVA), controlada por Finaosta. La Región obtiene beneficios superiores a los 7 millones al año de las contribuciones de concesiones y sub-concesiones. La Región ha tratado de introducirse en el segmento de la venta, además de la distribución, a través de Valenergie, y por ley ha introducido políticas tarifarias propias, por ejemplo reembolsando tarifas a los residentes por sus primeras viviendas y pactando con algunos concesionarios para lograr descuentos. La Autoridad Antitrust ha contrastado eficazmente estos intentos por tratarse de conductas anti-competenciales.

En Cerdeña el Estatuto de 1948[10] ha asignado a la Región competencia exclusiva en tema de ejercicio de los derechos de la empresa pública de aguas. En Sicilia, el Estatuto[11] confía a la ley regional la regulación de obras públicas y aguas públicas, siempre y cuando no estén afectadas por obras públicas de interés nacional. En Friuli Venezia-Giulia el Estatuto de 1963[12] deja a la Región el uso de las aguas públicas, con exclusión de las grandes derivaciones, con formulación muy parecida a la del Trentino-Alto-Adigio, en el texto estatutario modificado en 1972[13].

Se ha suscitado mucha conflictividad a lo largo de los años, tanto antes como después de la revisión constitucional de 2001, sobre varios asuntos. Una de las temáticas más frecuentemente discutidas ha sido la de la medida de las contribuciones anuales de los concesionarios, ya que las Regiones especiales a veces han intentado

4 V. infra, parr.3.
5 V. por ejemplo Tar Basilicata, 993/2005; Tar Lombardia, Milano, Sec.II, 2331/2008; TRGA, Trento, 72/2013.
6 L.5 gennaio 1994, n.36, art. 6, 8, 9, 11 y 18.
7 D.lgs. 31 marzo 1998, n.112, art. 3; d.lgs. 16 marzo 1999, n.79, art. 12.
8 L. cost. 26 febbraio 1948, n.4.
9 Sent. 13/1964, en Giur. Cost. 161.
10 L. cost. 26 febbraio 1948, n.3, art. 3, letti. l
11 L. cost.26 febbraio 1948, n.2, art. 14, letti. g y i.
12 L. cost. 31 gennaio 1963, n.1, art. 5, letti. 14.
13 D.P.R. 31 agosto 1972, n.670, art. 9, lett.9.

introducir criterios más remuneradores que los estatales, vetados por entrar en contraste con los principios de racionalidad y proporcionalidad. Cuestiones incidentales de constitucionalidad han sido promovidas por el Tribunal superior de aguas públicas y por la Corte de casación[14]. Varias veces la Corte constitucional tuvo que pronunciarse sobre la diferenciación progresiva y no proporcional de las contribuciones entre categorías de derivaciones (grandes o pequeñas) o hasta en la misma según la capacidad[15], con respeto a leyes tanto de Regiones especiales como ordinarias[16]. Considerada la importancia económica de la energía hidroeléctrica, leyes de este tipo han sido vetadas también por vulneración de la competencia exclusiva estatal en materia de Derecho de la competencia (art. 117, aptd.2, let. e), y la Corte se ha adherido[17], y en la misma perspectiva ha declarado inconstitucional la prórroga automática de concesiones legadas a vencimiento[18]. Hay también que tener en cuenta, para explicar el rigor de la Corte, que más del 90% de los recursos hídricos nacionales han sido utilizados y que el mercado está prácticamente cerrado.

3. ENERGÍA NUCLEAR

De la energía atómica el legislador italiano empezó a ocuparse, como he dicho, muy temprano. La ley de nacionalización de la energía eléctrica de 1962[19], que creó el ENEL (Ente nacional para la energía eléctrica) bajo vigilancia del Ministerio de Hacienda y según directivas de un Comité ministerial, le hizo responsable de cualquier forma de producción, importación y exportación, transporte, transformación, distribución y venta de energía eléctrica producida por cualquier fuente, incluyendo todas las clases de energía que el desarrollo tecnológico hiciera factibles. Casi contemporáneamente, otra ley de 1962[20] reguló el empleo pacífico de la energía nuclear. El artículo único de la ley 856/1973[21] insertó en la de 1962, art. 1, aptd. 5, una letra b, que expresamente mencionaba entre los objetivos de ENEL la realización y la puesta en funcionamiento de plantas nucleares. En los años '60 y '70, con buena capacidad de observar el paso del progreso tecnológico y de la extraordinaria expansión industrial del país, ENEL proyectó, realizó y llegó hasta el punto de poner en funcionamiento cuatro plantas[22] con una capacidad total de 3.510 MW en 1965, que llegaron a 4.428 en 1978, a 7.024 en 1985 y a 8.758 en 1986[23]. El procedimiento de localización de las centrales fue disciplinado en 1975[24]. Desde 1952 el Gobierno de De Gasperi había creado un *Comitato nazionale per le ricerche nucleari* (Cnrn) como órgano del Consejo nacional de investigaciones (CNR); a principio de los años 60 el Cnrn había sido transformado en CNEN, ente de derecho público bajo vigilancia del Ministerio de Hacienda[25], y por fin en 1982[26] convertido en *Ente nazionale per la ricerca e lo sviluppo dell'energia nucleare e delle energie alternative* (ENEA)[27].

Un primer referéndum fue solicitado por un grupo de ciudadanos y declarado no admisible por la Corte constitucional con sentencia n. 31 de 1981[28]. La cuestión fue juzgada de modo bastante homogéneo, y afectó a un grupo de artículos de la ley de 2 de agosto de 1975, n. 393 sobre la localización de centrales nucleares y el empleo de energía eléctrica, pero resultaba inadmisible según el artículo 75 de la Constitución por estar demasiado conectada con la política energética de las Comunidades europeas, y, en particular, con la exigencia original de asegurar a través de Euratom el funcionamiento de las plantas nucleares necesarias para el desarrollo de la política energética (art. 2, let. c), con la resolución del Consejo de 17 de diciembre de 1974 que ponía entre los objetivos para 1985 el acrecentamiento de la utilización de la energía eléctrica con la evolución de la energía nuclear, con la resolución del Consejo de 13 de febrero de 1975 que aconsejaba a los Países miembros que prefiriesen la nuclear para las centrales de gran potencia, y con la resolución de 20 de noviembre de 1978, que daba indicaciones sobre los procedimientos de localización de las centrales, a pesar de la competencia de los Estados miembros. Por

14 Por ejemplo Trib. Sup. 7.1.2009; Cass. Sez. Un. 15234/2009 y 15144/2011.

15 Lo que pasó con la Provincia de Bolzano, cuya ley 10/1983 fue enviada a la Corte por el Tribunal superior con ord.362/2011, devuelta al juez a que con ord. 178/2012, en Giur. cost., 2011, 2295 por la aprobación de otra ley, de nuevo criticada por el Tribunal superior, con ord. 147/2012.

16 Como en el caso de la ley 22/2011 de la Región Lombardía.

17 Por ejemplo sent.200/2012, en Giur. cost. 2012, 2910.

18 Como en la sent. 114/2012, in Giur. cost., 2012, 1648, con respeto a la ley provincial de Bolzano 7/2005, modificada con l. 4/2011.

19 L. 6 dicembre 1962, n. 1643.

20 L. 31 dicembre 1962, n. 1860.

21 L. 18 dicembre 1973, n. 856.

22 Trino vercellese (VC), Caorso (CR), Latina, Garigliano (CE).

23 Datos Terna.

24 Por la L. 2 agosto 1975, n. 393.

25 L.11 agosto 1960, n. 933; L. 15 dicembre 1971, n. 1240.

26 L.5 marzo 1982, n. 84.

27 V. por ejemplo M. Conticelli, *Un'agenzia per la ricerca scientifica*: l'ENEA, en Giornale dir. amm., 1999, 626 ss. El ENEA ha sido varias veces reformado, una vez el 25 agosto 1991, n. 282, luego con d.lgs 30 enero 1999, n. 36, con d.lgs. 3 setiembre 2003, n. 257, y otra vez con l. 23 julio 2009, n. 99.

28 En Giur. Cost. 1981, 198. Un comentario en G. Gaja, *Centrali nucleari: il referendum era davvero inammissibile?*, Riv.dir.intern., 1981, 511.

b tanto, un bb que normativo de la energía nucle ar hubiera entrado en confl cto con la s exigencias de pol tica exterior, en incumpl miento del art. 75.

Cuando en 1983[29] el Parla mento nacional introdujo un paquete de contribuciones especiale s para compensar a b s municipios en b s que se encuentran la s pla ntas tecnob gicamente avanzadas, destinadas al ahorro y a la recuperación de energía, a la protección del medio ambiente y a la prevención sanitaria, otro referéndum fue promovido por varios movimientos, consiguiendo más de 950.000 firmas. La Corte esta vez, pocos meses después del hecho de Chernobyl, pronunció una decisión de admisibilidad, fundada en la relevancia meramente interior de la s normas impugnadas, pues la s preguntas ple biscitarias no pertenecían a la pol tica exterior ni, en particula r, al Tratado de la Comunidad europea de energía atómica[30] y por b tanto no quedaban inclu idas en la prohibición constitucional del art. 75 de la Constitución, sino que solamente afectaban a la localización de las centrales y a la s rela ciones entre municipios, Regiones, ENEL y ENEA[31]. Según la Corte, ni siquiera la tercera pregunta, que se refería a la capacidad de ENEL de crear sociedades anónimas participadas por entes o sociedades extranjeras con el mismo objeto, tenía alg una rela ción con b s arts. 45 y siguientes del Tratado, que autorizaban la creación de "empresas comunes", entes comunitarios creados por el Consejo con asesoría de la Comisión, mientras que la capacidad negociadora habitual y ordinaria de ENEL puede ser discutida sin l mitaciones. En pocas pala bras, la Corte pasa de una interpretación extensiva del limite del art. 75 ("leyes de autorización para la ratificación de tratados internacionale s") que inclu ye no sola mente la orden de ejecución, sino también la s enteras le yes de ejecución -o vincula das con su concreta real zación, inclu idas la s normas de actuación del derecho comunitario-, a otra, mucho más restrictiva, debido también a una formula ción más anal tica de la s tres preguntas.

Los tres referéndums de 1987 consiguieron una participación de casi 30 mib nes de ele ctores, equivale ntes al 65.1% del ele ctorado total, muy por encima del mínimo de la mayoría de b s titula res del voto dispuesto por el art. 75; de b s votantes, aproximadamente el 80% se decla ró favorable a la derogación de la s normas impugnadas[32]. El éxito de b s referéndums puso el punto final a la historia de la energía atómica en Ital a. El d.P.R. 500/1987[33] le vantó acta de la derogación y desde entonces el ordenamiento ital ano sob tuvo que ocuparse del desmantela miento de las plantas existentes. De hecho, Italia fue probablemente el primer país que se enfrentó con el problema de la el minación de las pla ntas nucle ares cerradas, debido a la radical decisión popula r de 1987. En el pasado, la solu ción más frecuente en el mundo era la de esperar varias décadas antes de empezar la obra de descontaminación, de desmantela miento y de gestión de b s residuos, para favorecer con el paso del tiempo la degradación natural de la mayor parte de la contaminación existente: ese período de espera se suele definir como la custodia tutela r pasiva o "*safe store*". En el caso ital ano, b s recursos financieros necesarios tenían que ser facil tados a través de la disposición por el monopolista público de un porcentaje del precio de cada kWh producido. Las cuatro centrales existentes, una de la s cuale s ya fue cerrada en 1982, fueron puestas en "*safe store*", como la s nuevas centrales de Montalto di Castro y Trino 2, que se estaban construyendo.

Pero en 1999, cuando la l beral zación del sector ele ctrico impl có la privatización de ENEL y su l stado de bole a, fue fundada una sociedad anónima (Sogin), de propiedad del Tesoro, para el desmantela miento inmediato de la s centrale s, a la s que se sumaron en 2003 la s pla ntas de investigación de ENEA y en 2005 la de fabricación de combustible de Bosco Marengo (AL), y de las de Saluggia (VC), Casaccia (Roma) y Rotondella (MT). Una de la s pla ntas, proyectada por famosos arquitectos y construida hacía más de cincuenta años, fue mientras tanto decla rada de interés monumental y como tal protegida, de manera que forma objeto de dos procedimientos administrativos, uno de conservación y el otro de desmantela miento. Todo el material radioactivo ha sido reprocesado en el extranjero, después de alg unas pruebas inicia le s de alm acenamiento en seco[34].

Después de más de veinte años desde el referéndum de 1987 el Parlamento italiano ha reexaminado la materia con una nueva intervención normativa. El decreto-le y 112/2008, convertido con modificaciones en le y 133/2008[35], la le y 99/2009[36] y b s decretos le gisla tivos 31/2010 y 104/2010[37] reintrodujeron procedimientos de b cal zación de

ESTUDIOS

29 L. 10 enero 1983, n. 8, art. unico.

30 Ratificado por Ital a con l 14 octubre 1957, n. 1203.

31 N. 25 de 16 de enero-3 de febrero de 1987, en Giur. Cost., 1987, 141 ss.

32 De 45.870.000 electores, entre 29.855.604 y 29.871.570 se pronunciaron para la abrogación de las tres leyes.

33 De 9 de diciembre.

34 Cfr. ARPA Rivista, n.5, 2009, 16 ss. V. P.M. Putti, "Il decommissioning" degli impianti nucleari", en *Annuario di diritto dell'energia*, Bob nia, 2011, 188 ss.

35 L. 6 agosto 2008, n. 133, para la definición de la pol tica energética nacional, inclu ida la real zación de pla ntas de producción de energía nucle ar.

36 L. 23 jul o 2009, n. 99, de dele gación al Gobierno para la b cal zación de pla ntas de fabricación, de sistemas de alm acenamiento de combustible y depósito de rechazos radioactivos y de medidas compensativas.

37 D.lgs. 15 febrero 2010, n. 31 y d.lgs. 2 julio 2010, n. 104.

centrales nucleares y formas de producción de energía atómica en el territorio nacional[38]. La Corte esta vez declaró admisible el referéndum de revocación de esas normas, con sentencia 28/2011[39]. El límite del Tratado Euratom parece ahora no implicar ningún vínculos: el Tratado sólo impone obligaciones de investigación y seguridad, pero no obliga a cada Estado a incluir la energía nuclear en sus programas energéticos ni excluye que prohíba plantas nucleares en su territorio, estableciendo su propio mix energético según políticas autónomas. Para que el límite del art. 75 se aplique no es suficiente que la pregunta plebiscitaria se refiera a una materia que haya sido objeto de tratados internacionales; hace falta que entre en conflicto con específicas obligaciones derivadas de los tratados, de manera que pueda surgir una responsabilidad internacional para el Estado.

El referéndum del 12 y 13 de junio de 2011 consiguió de nuevo un resultado muy desfavorable a cualquier posibilidad de cualquier instalación nuclear en Italia. Con una afluencia de electores de aproximadamente el 57,01 o del 54,79% considerando los residentes en el extranjero, el 94,05% contestó sí a la anulación.

4. ENERGÍA EÓLICA

En cuanto a la energía eólica, el legislador nacional, después de haber aplicado la normativa europea para favorecer su introducción[40], ha repartido los objetivos de producción entre Regiones ("*burden sharing*")[41]. Muchas Regiones, y también administraciones locales, han tratado de crear obstáculos a la expansión de las plantas eólicas con técnicas varias, argumentando que su excesiva difusión implica un perjuicio al paisaje, comprometiendo valores estéticos, históricos y culturales, y al final causando también pérdidas a nivel económico por la depreciación del patrimonio explotable turisticamente. Por lo tanto, el Parlamento ha impuesto la adopción de líneas directivas para la articulación del procedimiento para la autorización a construir y explotar parques eólicos, con el propósito de garantizar la correcta inserción de las instalaciones eólicas en el paisaje, combinando las exigencias de simplificación, típicamente traducidas en el permiso único destinado a sustituir cualquier título de autorización, con la necesidad de protección ambiental[42]. La Conferencia unificada Estado-Regiones-Autonomías locales se pronunció sobre las directivas, para conseguir el máximo nivel de consenso, y quedó firme el resultado en términos de incremento mínimo de energía producida de fuentes renovables[43]. Finalmente aprobadas con decreto ministerial del Ministro de Hacienda de acuerdo con el de Medio ambiente del 10 de setiembre de 2010, las directivas han sido impugnadas en Corte constitucional por la Provincia autónoma de Trento por conflicto de atribuciones. El recurso fue declarado fundado con sentencia 275/2011[44], por violar la competencia provincial en materia de paisaje, por cuanto el decreto definía con detalle los criterios para la decisión de admisibilidad de aprobación de la instalación de los parques eólicos.

Sin embargo, la tensión entre diferentes niveles de gobierno no presenta indicios de suavizarse. La jurisprudencia de mérito sigue ocupándose de casos en los que las comunidades locales han hecho esfuerzos para bloquear nuevos parques, hasta haber infringido los principios fundamentales del procedimiento, sobre todo en las Regiones del Sur, que presentan condiciones morfológicas y climáticas más favorables al uso de viento con fines de producción de energía. Denegaciones sin adecuada motivación, pretextos, repetición innecesaria de fases del procedimiento ya finalizadas, silencios... son todavía frecuentes[45]. En otros casos, los juzgados administrativos tuvieron que anular convenios en las que las empresas privadas fueron obligadas a aceptar condiciones económicas muy desfavorables, como contribuciones compensatorias al daño paisajístico o social, a pesar de la clara prohibición del d.lgs. 387 (art. 12, aptd. 6)[46].

La Corte constitucional tuvo que declarar ilegítimas algunas leyes regionales que perseguían el mismo rumbo, como la de Cerdeña que consentía a los Ayuntamientos indicar las áreas industriales, limítrofes a las industriales, o ambientalmente comprometidas como idóneas para albergar parques eólicos, invirtiendo el criterio estatal, que prescribe la individualización regional de las áreas inidóneas, y prohíbe ubicar parques eólicos en áreas agrícolas, con otra inversión del criterio básico[47]. En varias otras decisiones, la Corte ha precisado los límites entre las competencias estatales y las regionales en esta materia[48].

38 V. L. Ammannati, M. de Focatiis, Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d.lgs. n.31/2010, www.astrid-online.it; G. Morbidelli, "La procedura di localizzazione degli impianti", en *Annuario dell'energia*, cit., 121 ss.

39 En Giur. cost.2011, 333; v. también sent.22 julio 2010, n.278, in Giur. cost., 2010, 3241. V. M. D'Alberti, "La localizzazione degli impianti nucleari", en *Annuario di diritto dell'energia*, cit., 168.

40 Dir 77/2001/CE y dir.28/2009/CE.

41 D.lgs. 24 diciembre 2007, n. 244, art. 2, aptd. 167, modificado por la l. 27 febrero 2009, n. 13, art. 8 bis.

42 D.lgs. 29 diciembre 2003, n. 387, art. 12, aptd. 10.

43 D. lgs. 244/ 2007, art. 2, aptd. 167.

44 En Giur. cost. 2011, 3563.

45 V. por ejemplo Tar Puglia, Lecce, sec. I, 821/2012; Tar Calabria, Catanzaro, sec. I, 676/2012, 728 /2012, 729/2012 y 732/2012.

46 Por ejemplo Tar Puglia, Lecce, sec.I, 1361/2013 y 1347/2013.

47 Sent. 224/2012, in Giur cost. 2012, 3363.

48 Sent. 168/2010, 275/2011, 80/2013, in Giur. cost. 2010, 2028; 2011, 3563 y 2013, 1330.

A pesar de la resistencia activa y pasiva de muchas autoridades locales y regionales, la demanda de producción de energía eólica ha crecido un 20% entre 2010 y 2011 y un 34% entre 2011 y 2012, llegando a una facturación superior a los 2 mil millones de Euros.

5. SECTOR FOTOVOLTAICO

La misma tensión entre autoridades locales y normas estatales condicionadas por directivas europeas[49] se ha manifestado en el sector de la energía fotovoltaica. Aquí también muchas Regiones, no solamente del Sur, han impuesto con leyes y moratorias o suspensiones de extensas áreas de su territorio, consideradas incompatibles con parques fotovoltaicos por la calidad de su valor ambiental o paisajístico. La Corte constitucional ha sancionado esas pretensiones con varias sentencias[50], asumiendo que las exigencias de protección del paisaje deben retroceder frente a los principios de origen comunitario, como en el caso de la Región Basilicata, que había imposibilitado cualquier planta fotovoltaica, pero admitía excepciones en presencia de condiciones muy restrictivas[51].

6. BIOENERGÍAS

La fuente principal de bioenergía en Italia está representada por las biomasas, o sea por los combustibles sólidos de origen orgánico. De hecho, más o menos la mitad de la producción eléctrica a partir de biomasas sólidas deriva de la combustión de residuos sólidos urbanos[52].

Aun cuando la materia de la energía a partir de los residuos fuese ya conocida desde el decreto "Ronchi"[53] y el d.lgs. 112/1998[54], que en el momento de devolver a las Regiones las competencias en materia de plantas productivas de energías de fuentes renovables hacía expresa referencia a las plantas que producen energía a partir de residuos[55], fue la directiva 77/2001/CE, desarrollada por el d.lgs. 387/2003, la que introdujo el concepto de biomasa, identificando su característica básica en la directa interferencia con el régimen de gestión de residuos.

7. ENERGÍAS GEOTÉRMICAS

La directiva define la biomasa como la parte biodegradable de los productos, desechos o residuos procedentes de agricultura, incluidas las substancias vegetales y animales, de silvicultura y de industrias relacionadas, y también las partes biodegradables de los residuos industriales y urbanos[56]. Por lo tanto, la directiva, en los considerandos introductorios, evidencia la preocupación que la política de incentivación a la producción energética de biomasas no perjudique la política también comunitaria de gestión de los residuos. De la misma manera, en Italia se ha creado una tensión entre la regulación de las renovables (d.lgs. 387/2003) y la de los residuos (d.lgs. 152/2006), que los jueces administrativos han resuelto poniendo énfasis sobre el concepto "subjetivo" de residuo: como el valor de los materiales no es intrínseco, sino que depende de la valoración de los que los poseen, no existe una sustancia que pueda ser definida generalmente y en cualquier caso como residuo, sin perjuicio de su destino al reciclado y en manera especial a la producción de energía[57]. La averiguación de este dato determina la aplicación de la regulación favorable a las renovables. La cuestión no cambia después de la dir.2009/28/CE y de su d.lgs. de aplicación 28/2011, que en la definición de biomasas incluyen ahora también la fracción biodegradable de productos, residuos o desechos de siega y poda desde verde público o privado. Como siempre, muchos litigios provienen de la oposición a la construcción de termovalorizadores por parte de ciudadanos residentes en el territorio colindante, directamente o a través de asociaciones medioambientales[58], y de los entes territoriales representativos de sus comunidades, mediante el ejercicio de los poderes de gestión del territorio y de las actividades constructivas[59]. Varias Regiones han intentado también introducir obstáculos con disciplinas declaradas inconstitucionales por la Corte[60]. Otras leyes regionales[61] orientadas a la simplificación del procedimiento para el otorgamiento del título de edificación han sobrevivido al juicio de la Corte, en cuanto respetuosas en el reparto de competencias entre Estado y Regiones en las materias concurrentes de energía y gobierno del territorio y en la exclusiva y

49 Como las dir. 2001/77/CE y 2009/28/CE.

50 Sent. 85/20112, en Giur. cost. 2012, 1180; sent. 192/2011, ibídem, 2481, que se refieren respectivamente a la l 7/2011 de la Región Veneto y a la l 18/2010 de la Región de Piemonte.

51 Sent. 67/2011, en Giur. cost., 2011, 1025, respecto a la l 42/2009.

52 Rapporto GSE 2011.

53 Artt. 4, 8, 22, 31 d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22.

54 Art. 30.

55 Art. 29, lett. g.

56 Art. 2, let. d, dir. 77/2001/CE y art. 2, d.lgs. 29 diciembre 2003, n. 387. Muy parecida la definición de la dir. 2009/28/CE.

57 V. por ejemplo Tar Piemonte, Sec. I, sent. 1563/2009.

58 Por ejemplo Tar Piemonte, Sec.I, 1340/2011 y 635/2011.

59 Por ejemplo, Tar Campania, Napoli, Sec.II, 3014/2013 y Tar Calabria, Catanzaro, 1656/2011.

60 Como la Región Marche, con ley 31/2009: v. sent. 332/2010, en Giur. cost. 2010, 4766.

61 Como la ley Toscana 71/2009, art. 10, apt. 2: v. sent. 313/2010, en Giur. cost. 2010, 4392.

trasversal de la protección del medio ambiente, y también de los principios de legislador estatal, que se inclina favorablemente hacia las renovables. En los procesos constitucionales muchas veces particulares o asociaciones medioambientales intervienen *ad opponendum* o *ad adiuvandum*, y tradicionalmente la Corte los declara carentes de legitimación[62]. Esta clase de energía, aunque sea renovable, encuentra bastante oposición popular, debido a la posible contaminación por las emisiones y a la lamentable disminución de residuos de recogida diferenciada[63]. Hasta ahora Italia ha conseguido reciclar solamente el 31% de los residuos, frente al objetivo europeo de 65% en 2020, y creciendo la cantidad de residuos reciclados, disminuye el combustible que pueda llegar a los termovalorizadores.

7. La fuente normativa de los recursos geotérmicos es la antigua ley de minas, el r.d. 1443/1927. Todavía se encuentran allí los procedimientos para las concesiones del uso de los recursos geotérmicos[64]. La crisis petrolífera de 1973-74 ha dado impulso a la búsqueda y a la explotación de hidrocarburos, pero también de recursos geotérmicos. Por lo tanto, en los años 80 la ley-marco de la geotermia 896/1986 ha adoptado una nueva reglamentación de la materia, disciplinando principios generales, procedimientos de otorgamiento de permisos, obligaciones del concesionario, etc. La ya citada ley 387/2003[65], limitando las energías renovables que aprovechan el régimen especial de permiso único -que en caso de necesidad vale para la modificación del instrumento urbanístico-, menciona expresamente los recursos geotérmicos.

El d.lgs. 22/2010[66] ha operado una revisión de la ley-marco, adecuándola e integrándola de acuerdo con los principios europeos introducidos por la dir. 79/2009, como la liberalización del mercado eléctrico, las características mineras de la geotermia, y en general las políticas de promoción de las energías renovables y de eficiencia energética, a parte del nuevo equilibrio de competencias entre Estado, Regiones y entes locales después de la revisión constitucional de 2001. El texto único, de hecho, concentraba en el Estado todas las funciones sobre la materia, siendo los recursos geotérmicos patrimonio indisponible del Estado según el art. 826 del código civil de 1942. Ya el d.lgs 112/1998 (llamado "Bassanini") había delegado a las Regiones las funciones de otorgamiento de permisos de investigación y explotación en tierra. Por lo tanto había necesidad de una devolución de competencias constitucionalmente adecuada.

La Corte constitucional se ha pronunciado en varias sentencias sobre la legitimidad de leyes regionales impugnadas por el Estado, a veces por incumplimiento de principios estatales por detalles acerca de la investigación de recursos geotérmicos y construcción de plantas[67] o de introducción de prohibiciones generales de localización de plantas en áreas de valor paisajístico o medioambiental[68]. La Corte ha pronunciado varias sentencias de inadmisibilidad, y nunca ha llegado al fondo de la cuestión, relativo a la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas[69]. Recíprocamente, la regulación estatal ha resistido a las impugnaciones regionales[70]. El ulterior impulso a la producción de energía de fuentes geotérmicas ha derivado del d.lgs. 28/2011[71], desarrollo de la dir. 2009/28/CE, dedicado a la promoción de investigaciones y desarrollo de plantas geotérmicas de reducido impacto medioambiental, centrales de impacto cero y centrales a medio-baja potencia.

El parque italiano de plantas geotermoeléctricas ha crecido en términos constantes desde 1997 y hasta 2008, con un índice medio de 0,9% por año en cuanto a número, 2,2% en cuanto a potencia, 3,2% en cuanto a producción. El 67,7% de las plantas (21 de 31) pertenece a la clase de potencia entre 10 y 20 MW. El 12,9% está incluso en la clase de las plantas pequeñas, por debajo de los 10 MW. Todas las plantas italianas están localizadas en Toscana. Italia ocupa la tercera posición en el mundo en cuanto a plantas geotérmicas, después de Estados Unidos y México.

62 Por ejemplo, sent. 254/2009, 246/2009, 250/2009, 233/2009.

63 Las plantas de este tipo eran 71 en 2010 y el número no ha subido en los dos años después, con un ligero incremento de producción: datos GSE.

64 Art. 1.

65 Art. 2, apt. 1, lett. a.

66 D.lgs. 11 febbraio 2010, en actuación de la ley de delegación 23 luglio 2009, n.99.

67 Por ejemplo L. Provincia Bolzano 15/2011, art. 25 o L. Campania 8/2008, artt.33 y 45.

68 Como en el caso de la ley Friuli-V.G. 6/2011, art. 1.

69 Sent. 114/2012 acerca de la ley de Bolzano, en Giur. cost., 2012, 1648; 1/2010 en respecto de la ley de Campania, en Giur. cost. 2012, 1397; 100/2012, en Giur. cost., 2010, 3397.

70 Sent. 112/2011, en Giur. cost. 2011, 1509 y 278/2010, en Giur. cost., 2010, 3397.

71 De 3 mayo.

reALA NUEVA ÉPOCA

REALA, nº 2, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975

DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10194

Reclamaciones frente a las actuaciones de las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal: jurisdicción competente y legitimación de los concejales para su impugnación

Diego Ballina Díaz
Secretario de Administración Local, categoría superior
dballina79@gmail.com

Recibido: 24 de febrero de 2014
Aceptado: 20 de junio de 2014

Resumen

Las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal constituyen instrumentos en manos de los poderes locales para el desarrollo de actividades económicas y para la prestación de servicios. Su naturaleza las separa, en determinados aspectos, del régimen jurídico de las sociedades privadas. Dentro de esas particularidades destaca en primer lugar el control de sus decisiones que va a ser compartido por distintos órdenes jurisdiccionales, en segundo la peculiar posición de los concejales para recurrir las actuaciones societarias.

Palabras clave
Sociedad Mercantil, Acuerdos, Jurisdicciones, Concejales

Claims against the actions of corporations of full municipal capital: jurisdiction and authority of the council to challenge

Abstract

Municipal corporations are instruments in the hands of local authorities for the development of economic activities and the provision of services. Due his nature the legal regime of these companies is different in some ways of the strictly private ones. Most relevant are two: control decisions are shared by different jurisdictions and the peculiar position of councilors in order to challenge corporate actions.

Keywords
Municipal corporations, Corporate Actions, Jurisdictions, Councilors.

1. INTRODUCCIÓN

En este estudio nos vamos a centrar en las sociedades mercantiles, anónimas o limitadas, cuyo capital social pertenece en su totalidad a los ayuntamientos a las que podemos denominar sociedades mercantiles de capital municipal. En concreto nos centraremos en el análisis de ciertos aspectos del régimen de revisión de los acuerdos de estas sociedades poniendo el foco en el sometimiento de las mismas en determinadas cuestiones, en contra de la regla general, al Derecho público.

Las sociedades mercantiles de propiedad municipal, aquellas cuyo capital social pertenece de forma íntegra a la corporación municipal, constituyen tanto una forma de gestión directa de los servicios municipales como un medio para el desarrollo de actividades económicas dentro de las competencias locales.

Las sociedades públicas surgen como un instrumento de la Administración para el desarrollo de sus actividades sin someterse al estricto régimen del Derecho administrativo. La necesidad de marcos jurídicos más flexibles motivado por los propios fines y actividades de estas sociedades, vinculadas tradicionalmente a la prestación de servicios, determina el sometimiento al Derecho privado de estos peculiares entes instrumentales.

No hay para las sociedades de capital municipal un contrato de sociedad originario que dé lugar a la personificación jurídica en el que varias personas se ponen de acuerdo para alcanzar unos fines. Son fruto de una decisión de la Administración que decide asumir una personalidad privada para el mejor ejercicio de sus competencias. Lo hace con respeto al principio de legalidad, porque la Ley se lo permite. Como pone de manifiesto el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA[1] frente al principio corporativo o asociativo de las sociedades privadas en las que existe una puesta en común por varios socios, en las sociedades públicas la sociedad es simple forma o método para encubrir la creación de un ente fiel al manifestándose de esta forma el principio institucional de representación.

En el ámbito local esa habilitación legal se recoge en la LBRL que en su artículo 85 considera a estas sociedades como forma de gestión directa de los servicios municipales. Su funcionamiento de conformidad con la propia ley básica se somete al ordenamiento privado salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación.

Las sociedades mercantiles públicas como técnica instrumental de las Administraciones surgen para permitir que la actividad prestacional se pueda someter al régimen privado, más ágil y menos formal que el del Derecho administrativo. Consecuentemente sus actos siempre tienen naturaleza privada sometiéndose como regla general a los jueces civiles y, dentro del ámbito laboral, al orden social.

Aunque puedan someterse a regulaciones de normas públicas tal y como excepciona la Ley de Bases del Régimen Local (LBRL) en relación con la materia contractual o presupuestaria e incluso en los últimos tiempos se observe que el Derecho público va aumentando su control sobre estos entes instrumentales esto no supone que vayan a dictar actos administrativos ni que sus decisiones vayan a ser objeto de revisión en vía contenciosa.

Con SOSA WAGNER[2] entendemos erróneo el planteamiento de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990[3] que considera la aprobación del balance, de la cuenta de explotación y de la memoria anual de la explotación del servicio de basuras por una sociedad de capital íntegramente municipal como

1 García de Enterría *Curso de Derecho Administrativo I*, 2002, pp. 416 y ss.

2 Sosa Wagner *La gestión de los servicios públicos locales*, 2008, pág. 159.

3 Tribunal Supremo, Sentencia de 5 de diciembre de 1990: "Procede desestimar el primero de los motivos en que el recurrente don Rafael C. R. fundamenta el recurso de casación de que se trata, formulado, al amparo del número 1.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto la Sala sentenciadora de instancia se abstiene de conocer de las pretensiones formuladas en la demanda iniciadora del juicio en cuestión, porque afectando el acuerdo que dicho recurrente trata de impugnar a la aprobación de la Gestión-balance, memoria y cuenta de explotación de la prestación de servicio público de recogida de basuras, con carácter de servicio mínimo obligatorio impuesto a los ayuntamientos según el artículo 102, párrafos f) y g) de la Ley de Régimen Local, con prestación en gestión adecuada adoptada en forma de sociedad mercantil con capital perteneciente al Ayuntamiento de Terrasa que presta dichos servicios obligatorios, cual autoriza el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, unido a que de conformidad con lo prevenido en el artículo 92-1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, promulgado por Decreto de 17 de junio de 1955, el funcionamiento de la Corporación constituida en Junta General de Empresa se acomodará, en cuanto al procedimiento y adopción de acuerdos a los preceptos de la Ley y del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Corporaciones Locales, es significativo que el referido acuerdo, objeto de la actual controversia jurídica, tiene el indudable carácter de acto administrativo y en consecuencia impugnable no ante la Jurisdicción Ordinaria Civil, sino ante la competente Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y siendo a tal fin inoperante que el indicado servicio público se preste a medio de una forma de sociedad anónima municipalizada, dado que el carácter de socio es atribuido en exclusiva a favor del ayuntamiento que tiene a su cargo la prestación del indicado servicio público mínimo obligatorio, con aportación del capital social por dicho ente público, y no a los concejales que lo integran, entre los que figura el demandante, ahora recurrente, don Rafael C. R., en cuyo carácter de Concejal pudo y puede ejercitar, en su caso, las acciones correspondientes de índole corporativa municipal, mediante el ejercicio de su actividad edilicia, y concretamente mediante las correspondientes acciones de índole administrativa que estimase procedentes con relación a la cuestión planteada".

un acto administrativo. En esta sentencia se parte de una confusión entre el socio único que es el ayuntamiento y la sociedad mercantil que es un sujeto de Derecho privado.

Debe distinguirse de forma clara ambas personificaciones, entre la de Derecho público propia del ayuntamiento y la de la sociedad que es de naturaleza privada. Los actos de la sociedad no son actos imputables al socio único que es la corporación sino a la propia sociedad y por tanto no son actos administrativos[4].

Consecuentemente, como regla general, la revisión de sus acuerdos societarios que tienen la naturaleza de actos privados corresponderá a la jurisdicción civil. No obstante existen determinados acuerdos que excepcionalmente van a quedar sometidos a la jurisdicción contenciosa. El sometimiento a uno u otro orden jurisdiccional conlleva importantes consecuencias en torno a la legitimación de los concejales para la impugnación de estos acuerdos.

Recapitulando y para una mejor comprensión procede realizar una triple distinción en el funcionamiento de las sociedades de capital municipal:

- Normativa que regula su actuación: por regla general será de Derecho privado a excepción de algunas materias[5].
- Acuerdos societarios: que son decisiones de Derecho privado, nunca actos administrativos.
- Revisión jurisdiccional de sus acuerdos: Que corresponderá por regla general, independientemente de que las normas que se apliquen sean de Derecho público o privado, al orden civil. Solo excepcionalmente corresponderá a los jueces y tribunales contenciosos.

2. LA COMPETENCIA DEL ORDEN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA REVISIÓN DE LOS ACUERDOS SOCIETARIOS

Ha de partirse de que la regla general en cuanto a la revisión de los acuerdos de las sociedades mercantiles es la competencia de los jueces y tribunales del orden civil. Las sociedades mercantiles públicas, incluidas las de capital municipal, no se excepcionan de ese régimen general.

Conforme al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC en lo sucesivo), norma de Derecho privado que disciplina las sociedades mercantiles, son impugnables ante la jurisdicción civil los acuerdos sociales que sean contrarios a la ley, se opongan a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. Dentro de estos acuerdos se diferencian a su vez:

- Los acuerdos contrarios a la ley y que serán nulos.
- Los demás acuerdos que serán anulables.

La acción impugnatoria contra los actos de la junta general, que se ejercerá frente a la sociedad, caducará en el plazo de un año a excepción de la impugnación de los actos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público. En el caso de los actos anulables la acción caducará a los cuarenta días computando ambos plazos desde la fecha de adopción del acuerdo y, si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil. Contra los actos del consejo de administración o de cualquier órgano colegiado de administración el plazo para el ejercicio de la acción impugnatoria es de treinta días.

Por su parte la jurisdicción social será competente en relación con los acuerdos societarios que incidan en la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social[6].

4 Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia de 29 diciembre 1989: "En cuanto al fondo de la cuestión planteada, necesario es distinguir entre las cuestiones puramente formales de los que fue la reunión plenaria del Excmo. Ayuntamiento de Las Palmas los acuerdos de tal pleno en cuanto Junta General de la Sociedad cuya constitución se había acordado autorizando al Ilmo. Sr. Alcalde de la ciudad a otorgar la escritura constitutiva; los mencionados acuerdos, obviamente, por la aplicación de la teoría de los actos separables, quedan fuera de esta impugnación, ya que ellos tienen, en su caso, su tratamiento en una vía distinta, no siéndole permitido a esta Jurisdicción entrar en ellos".

5 Ley 7/85 de Bases del Régimen Local. Artículo 85 ter

1. Las sociedades mercantiles locales se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

6 Las materias incluidas y excluidas del conocimiento de este orden jurisdiccional se recoge en los artículos 2 y 3 de la Ley 36/2011, de

La competencia del orden social alcanza incluso a los procedimientos de selección de personal de estas sociedades que, si bien están sometidos a los principios del Estatuto Básico del Empleado Público[7] y por tanto a normas de naturaleza pública, no son sino actos societarios sujetos al Derecho laboral[8].

2. 1. Supuestos de competencia del orden contencioso

Las sociedades de capital municipal, aunque se rijan por algunas normas de Derecho público, no dictan actos administrativos. Consecuentemente el control de sus acuerdos es propio de los órdenes jurisdiccionales civil y laboral. Los supuestos de competencia del orden contencioso para controlar estos actos puramente privados son excepcionales.

El punto de partida para conocer en qué casos los tribunales administrativos pueden controlar los actos privados de las sociedades de capital íntegramente municipal lo encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Afirma esta norma que los juzgados y tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la propia LOPJ o por otras leyes. Igualmente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) se remite en cuanto a la competencia de los jueces y tribunales del orden contencioso a sus propias previsiones así como a las restantes materias que le atribuya expresamente una Ley.

Existe por tanto una reserva de ley en relación al reconocimiento de competencia a los juzgados y tribunales pero la misma no tiene que ser específicamente una ley reguladora de la jurisdicción de los tribunales. Puede atribuirse la competencia para el control de los acuerdos privados de las sociedades públicas tanto en las normas que regulan el orden jurisdiccional contencioso como en leyes sectoriales. Son en todo caso supuestos excepcionales puesto que la jurisdicción contenciosa es por naturaleza revisora de actos administrativos.

2. 1. 1 Acuerdos de las sociedades municipales concesionarias de servicios

De la propia LJCA se extrae la primera excepción. Se afirma en el artículo 2. d) que serán competentes los tribunales contenciosos para conocer sobre "los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente".

Para que pueda aplicarse esta excepción a una sociedad de capital municipal se precisa como requisito inicial que dicha sociedad se encargue de la gestión de un servicio público. Adicionalmente debemos estar bien ante un acuerdo societario que expresamente pueda ser recurrido en vía contenciosa por estar previsto en una norma legal o bien ante un acto de control por parte del ayuntamiento titular de los servicios públicos de la actuación de la sociedad de capital municipal en ejercicio de una potestad administrativa.

Es por tanto una excepción al régimen general de competencia de los tribunales civiles que debe ser interpretada en sus justos términos. Desde el ámbito civil, en interpretación de este precepto, se ha intentado considerar de naturaleza administrativa los conflictos relativos a la gestión del patrimonio por parte de las sociedades mercantiles de capital municipal.

---

10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

7 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Disposición Adicional Primera. Ámbito específico de aplicación.

Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica.

8 Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia de 4 May. 2012, rec. 785/2012:

"De lo expuesto resulta que la empresa demandada si bien es una sociedad mercantil constituida con capital público municipal sin embargo está sometida al Derecho Privado y en estos casos ha de aplicársele la condición y régimen jurídico propio de las empresas privadas. Por lo tanto y tratándose la empresa demandada de una entidad sometida al derecho privado, la competencia del orden jurisdiccional social resulta clara, pues tal y como se señala por el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de febrero de 2007 `configurándose la demandada como una entidad sometida al derecho privado, aún cuando en los sistemas de selección de personal haya de ajustarse a los principios de mérito y capacidad por su función híbrida de ente público y sociedad privada, en relación con la competencia judicial para conocer de las cuestiones laborales que puedan surgir en la misma, se ha entendido que están sujetas al régimen laboral común y por ello a la competencia del orden jurisdiccional social´. En términos similares, el Alto Tribunal en sentencia de 12 de julio de 2007 en relación a las empresas "con participación mayoritaria del capital público y las entidades de derecho público que por Ley han de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado" manifiesta cómo `la convocatoria impugnada no constituye una potestad administrativa ejercida por un poder público sino un acto de gestión empresarial, sometido al Derecho privado y revisable ante el orden social de la jurisdicción", competencia del orden jurisdiccional social igualmente declarada en la sentencia de 29 de septiembre de 2006 dictada en unificación de doctrina y en relación con demandas presentadas por quienes aspiraban a ocupar una plaza laboral en una sociedad anónima de carácter público para impugnar, de una forma u otra, el proceso selectivo iniciado por tales empresas´".

En este sentido la Audiencia Provincial de Málaga en su reciente sentencia de 7 de mayo de 2013[9] afirma que b s confl ctos que se generen entre una sociedad municipal y terceros en reb ción con b gestión del puerto deportivo deben ser recurridos en vía contenciosa por ser b sociedad municipal titub r de una concesión de dominio públ co.

Se trata, a nuestro juicio, de un pb nteamiento erróneo que va en el mismo sentido de b tan criticada sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990. Nuevamente se confunde a b sociedad con el socio. Que b sociedad municipal sea titub r de una concesión administrativa y que su único socio sea un ayuntamiento no empece que el contrato de arrendamiento de parte de sus instab ciones sea un contrato patrimonial de naturab za privada, excl ido de b normativa sobre contratación públ ca en todo caso, que debe ser controb do por b jurisdicción civil y no por b contenciosa. No cabe por tanto entender este supuesto incl ido en b excepción del artículo 2 d) de la LJCA.

Acertadamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de diciembre de 2002[10], en aplicación del mismo precepto de la LJCA, rechazaba la competencia de la jurisdicción contenciosa en un caso simib r al entender que un concesionario de un bien demanial en ningún caso asume potestades públ cas vincub das a b prestación de un servicio públ co. No entraría dentro de este concepto un mero acto de gestión patrimonial como es el ab q uib r de ab g ún bien integrante de una concesión.

El problema que subyace en b apl cación de este precepto es el reb tivo a qué debe entenderse por servicio públ co en el ámbito b cal La indefinición del concepto puede b varnos desde una visión estricta l mitada a aqueb s servicios esencib s a una visión ampl a al amparo del artícub 85.1 de b LBRL. Sostiene este precepto que son servicios públ cos b cab s b s que prestan b s entidades b cab s en el ámbito de sus competencias. Esta úb ima posición puede conb var que cuab q uier actuación municipal pueda ser considerada de servicio públ co.

En esta úb ima visión, en un concepto ampl o de servicio público, se al nea b sentencia del Tribunal Superior

9 Audiencia Provincial de Málaga. Sentencia de 7 de mayo de 2013FJ 3: "sino por considerarse `motu proprio´ que el asunto sometido a decisión del órgano enjuiciador sobre una materia de b que corresponde conocer a tribunab s integrados en otro orden jurisdiccional diferente, concretamente al contencioso-administrativo, ya que, sea como fuere, el terreno sobre el que desarrob b prestación de servicios b demandante tiene la naturaleza de dominio público, pues el Puerto Deportivo de Benalmádena es fruto de concesión administrativa otorgada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de abril de 1972, a favor del Ayuntamiento de dicha localidad, con objeto de construir y explotar puerto deportivo en zona marítimo terrestre, competencias que fueron transferidas a b Junta de Andal cía a partir de b aprobación de b s artículo 64.1.5ª del Estatuto de Autonomía de Andalucía, funciones que son ejercitas a través de la Agencia Pública de Puertos de Andalucía, la cual autorizó al Ayuntamiento de Benalmádena a ceder el uso y explotación de la concesión a la empresa municipal "Puerto Deportivo de Benam ádena S.A." participada al 100% por el Ayuntamiento, siendo su Presidente el Ab ab e de b b cal dad y constituida su Junta General de Accionistas por la totalidad de los Concejales de dicha Corporación Municipal, lo que determina que, sin necesidad de entrar en examinar si concurre en el caso `animus spol andi´en quienes han sido demandados, el hecho cierto e incuestionabb no es otro que el de entender que b cuestión controvertida excede del estricto marco jurisdiccional civil debiendo pasar al correspondiente contencioso-administrativo al versar el debate sobre concesionario que desarrob unos servicios públ cos portuarios todo eb regido por normativa de contenido administrativo, de conformidad con b previsto en el artícub 2.b) de b Ley 29/1998 de la jurisdicción Contencioso-Administrativa , lo que impone como respuesta b desestimación del recurso de apeb ción y, por ende, el que se confirme el fab judicial de primera instancia por ser pb namente ajustado a derecho".

10 Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Sentencia de 18 de diciembre de 2002: "La parte demandante considera que el asunto corresponde a b jurisdicción contencioso-administrativa porque se impugna un acto de un concesionario, dictado en el ejercicio de potestades públ cas. En apoyo de su posición, cita b sentencia del Tribunal Supremo de 3 de jul o del 1991 por b que se decb ra b competencia de b jurisdicción contencioso- administrativa para conocer de b impugnación de un acto emanado de una empresa mixta gestora de un servicio públ co municipal y b STS de 9 de mayo del 1989, que se refiere igual m ente a actos de un concesionario de servicios públ cos.

El caso de b s concesionarios de servicios públ cos es distinto del que nosotros tratamos, pues estamos en presencia de una sociedad mercantil concesionaria del dominio públ co, pero no de un servicio públ co. La razón por b que para b s primeros se designe como competente a b jurisdicción contencioso-administrativa es que son deb gados de b Administración, que ejercen funciones públ cas para gestionar un servicio de titub ridad públ ca, por b que se b s atribuye el carácter de Administración cuando actúan en el ejercicio de esas potestades públ cas. En cambio, el titub r de una concesión sobre el dominio públ co no ejerce potestades administrativas, porque no gestiona ningún servicio de titub ridad públ ca que b Administración esté obl gada a garantizar, y, por tanto, no actúa como deb gado de b Administración.

La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril del 1987 - también citada por el recurrente- no es apl cab b a este caso, pues se refiere a b impugnación de un acto de b Administración b cal de desahucio del ocupante de un puesto del mercado municipal Además, b sentencia de instancia, cuyos fundamentos jurídicos son aceptados por el Tribunal Supremo, señab ba que " si el concesionario tiene derecho a una protección, adecuada para que pueda prestar el servicio públ co concedido, es evidente que el ejercicio de b s facub ades coercitivas en qué consiste el desahucio es b gítimo..." por b que queda cb ro que consideró al concesionario deb gado de b Administración por entender que b era de un servicio públ co.

En consonancia con b expuesto, b nueva Ley jurisdiccional en su artícub 2 d), al del mitar b extensión de b jurisdicción contencioso-administrativa, se refiere a " b s actos administrativos de control o fiscal zación dictados por b Administración concedente, respecto de b s dictados por b s concesionarios de b s servicios públ cos que impl quen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a b s mismos, así como b s actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con b b gisb ción sectorial correspondiente".

En consecuencia, como no estamos en presencia de una concesión de un servicio públ co, no podemos apl car b Jurisprudencia citada a efectos de resol er b cuestión sobre b fab a de jurisdicción del orden contencioso-administrativo para conocer del presente caso".

REALA, nº 2 julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975 – DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10194

de Justicia de las Islas Canarias de 31 de mayo de 2006 en relación con el acuerdo del consejo de administración de una sociedad municipal sobre la convocatoria pública de adjudicación de viviendas de protección oficial.

En ningún caso nos parece acertada la posición del tribunal de considerar la promoción de viviendas como un servicio público sobre el que el ayuntamiento[11], como titular de la sociedad, tiene una facultad de control o fiscalización. Es cierto que existe una competencia municipal pero eso no supone ni la existencia de un servicio público ni que se esté ejerciendo una potestad administrativa.

Aplicándose la posición de este tribunal y desde una visión amplísima del servicio público el ayuntamiento podría controlar los acuerdos de todas las sociedades de su propiedad. La sociedad municipal siempre se va a presentar como una forma de actuación municipal amparada por una competencia sea propia o impropia. Como corolario de esa argumentación todos los actos de las sociedades mercantiles serían controlables por la Administración municipal siendo y en última instancia revisables por el orden contencioso.

Más ponderada nos parece la postura del Tribunal Supremo[12] que ha asumido la competencia del orden contencioso administrativo exclusivamente en supuestos mucho más precisos. Así entiende competente a la vía contenciosa en relación con los actos de reclamación frente a las cantidades abonadas en concepto de derecho de acometida por una sociedad que presta el servicio de abastecimiento de agua.

En este caso estamos ante un indudable servicio público entendido como actividad esencial para la vida vecinal. Y lo que se están reclamando son cantidades exigidas en función de una regulación municipal sobre la base de la Ley de Haciendas Locales. El concesionario está materializando con el cobro la potestad tributaria municipal, por eso dichos actos deben ser controlados por los tribunales contencioso-administrativos.

2.1. 2 Contratación pública

La intervención del orden contencioso en determinados ámbitos de la contratación de las sociedades municipales tiene su fundamento en la doctrina de los actos separables que supone la técnica administrativa más importante frente a la huida del Derecho administrativo.

Conforme a esta doctrina, algunos de los actos *ad intra* de la sociedad tendentes a la articulación interna de su voluntad son regulados por el Derecho administrativo. Esto conlleva que la posible vulneración de las normas públicas deba ser impugnada ante la jurisdicción contenciosa conforme a su normativa procesal.

Esta técnica tiene un reconocimiento expreso tanto dentro de la LJCA[13] como del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP). Los actos de preparación y adjudicación de los contratos privados de

11 Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias. Sentencia de 31 de mayo de 2006:

"En el presente caso estamos ante una sociedad mercantil de capital íntegramente suscrito por una entidad local para la gestión de un servicio público local- en tanto se ejerce la competencia del artículo 25.2 d) y k) de la Ley de Bases del Régimen local - que es considerada por el artículo 85.2 c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril , como una forma de gestión directa de tales servicios públicos, es decir, gestión por la propia Administración local, por lo que con mayor razón debemos afirmar que corresponde a la Jurisdicción contencioso-administrativo decidir el asunto".

12 Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 9 Feb. 2007:

"Los derechos económicos de que se trata, constituyen la contraprestación exigida a los usuarios del servicio público municipalizado de distribución y abastecimiento del agua potable para sufragar los gastos que debe realizar la entidad gestora del servicio, en la ejecución de las acometidas solicitadas y para compensar el valor proporcional de la inversión que han de efectuar para mantener la capacidad de abastecimiento del sistema. Se está, por tanto, y por un lado, ante un servicio público municipalizado gestionado de forma directa por una empresa mixta, y por otro, por una exacción cuyo fundamento se encuentra en la contribución por el beneficiario de la actuación administrativa al sostenimiento de los gastos e inversiones realizados en la prestación de esa gestión, ya se conceptúe como tasa -artículos 2.1,b) y 20.4-t) de la Ley 39/88, Reguladora de las Haciendas Locales -, ya se considere precio público -artículos 2.1,e) y 41de la misma Ley -, siendo, en cualquier caso, un ingreso de derecho público -artículo 2 de la meritada Ley-.

La pretensión encaminada a lograr la declaración de la inexistencia de la obligación de pago de tales conceptos, primero, y a obtener la condena de la devolución de las cantidades abonadas, después, constituye una cuestión que, lejos de operar como antecedente lógico, como cuestión previa o prejudicial a una reclamación deducida ante los órganos de la jurisdicción civil, con fundamento en la figura cuasicontractual del cobro de lo indebido, conforma el objeto mismo del proceso, por lo que su indiscutible naturaleza administrativa la sustrae del conocimiento de los tribunales del orden civil para situarla en la esfera de la jurisdicción contencioso-administrativa, a la que corresponde su examen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 y 2 -d) de la Ley reguladora de esa Jurisdicción, en la medida en que conlleva el control o la fiscalización de la actuación realizada por quien gestiona de modo directo un servicio público municipalizado"

13 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Artículo 2

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: [...].

b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas.

las Administraciones y de determinados tipos contractuales de los poderes adjudicadores se rigen por las normas de la contratación pública y se someten al control de la jurisdicción contenciosa.

De conformidad con los criterios fijados por las directivas comunitarias[14] en contratación pública que traspone al ordenamiento español el TRLCSP establece que las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal forman parte del sector público. Cuando además concurran las circunstancias recogidas en el artículo 3.2. b)[15] estas sociedades van a tener la condición de poderes adjudicadores lo que supone una sujeción más intensa a la normativa contractual.

Por regla general, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[16], prácticamente todas las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal van a tener la condición de poder adjudicador entrando determinados contratos que celebren en la categoría de sujetos a regulación armonizada. En esta categoría se incluyen los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de determinadas categorías del contrato de servicios que superen unas determinadas cuantías.

Dentro del ámbito contractual se va a reconocer al orden contencioso competencia en relación con la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada así como del resto de contratos de servicios que celebren los poderes adjudicadores cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros.

También conocerán los jueces y tribunales de lo contencioso de los recursos interpuestos contra las resoluciones que se dicten por los órganos de resolución de recursos especiales. El recurso especial en materia contractual se regula como un recurso de naturaleza administrativa de carácter potestativo previo a la vía contenciosa. Dicho recurso cabe contra los actos de la preparación y adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada y del resto de contratos de servicios que superen los 207.000 euros que celebren las sociedades mercantiles municipales[17].

La resolución de este recurso, sin perjuicio del régimen transitorio fijado por la Ley 34/2004, se deja en manos de órganos administrativos sin dependencia del órgano de contratación. Las resoluciones de dichos órganos son impugnables en vía contenciosa.

De esta forma determinados acuerdos de naturaleza indudablemente privada de las sociedades mercantiles de capital municipal, como son la licitación y adjudicación de determinados contratos, quedan sometidos al orden contencioso como taxativamente ha reconocido el Tribunal Supremo[18].

---

14 Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

15 b)Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

16 En este sentido vid. sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 27 de febrero de 2003, de 22 de mayo de 2003 y de 10 de abril de 2008.

17 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público,

Artículo 40.2

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.

18 Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 21 Nov. 2012, rec. 5049/2011:

"En este sentido los Autos recurridos se centran en los conceptos tradicionales de Administración, contratos y acto administrativo, artículos 1 y 2. b) de la Ley 29/1998, sin tomar en consideración que, además de a esa ley, debe atenderse a lo que resulta de lo dispuesto en la Ley 30/2007, cuyo ámbito objetivo tiene un alcance más amplio que el mero contrato administrativo, pues, como dice el art. 1 de dicha Ley, «tiene por objeto regular la contratación del sector público».

Es básico, para decidir cuál sea el orden jurisdiccional al que corresponde la competencia para el conocimiento del presente recurso, lo dispuesto en los artículos 21.1 de la Ley 30/2007 y 10.2 de la LJCA, modificados por la Ley 34/2010. Dispone el citado artículo 21:

«1. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el

Estos acuerdos estarán sujetos al orden contencioso bien porque se impugnen directamente o bien porque recurridos en vía administrativa a través del recurso especial la s resolu ciones de lo s tribunale s contractuales en relación a estos recursos son revisables en vía contenciosa. De esta forma el orden contencioso está revisando decisiones de naturale za privada.

En el caso de la s resolu ciones de lo s tribunale s contractuale s en rela ción con lo s recursos especiale s la técnica util zada por el le gisla dor ha sido administrativizar lo s acuerdos privados a través del recurso especial contractual El acto privado se controla por un órgano administrativo. Posteriormente se impugna la decisión de ese órgano ante la jurisdicción contenciosa. En este sentido la LJCA atribuye a la jurisdicción contenciosa competencia expresa para el control de la s resolu ciones de lo s recursos contractuale s[19].

2.1.3 Reclamaciones patrimoniales

De la LJCA[20] también se conclu ye que, en lo s casos de que se produzcan recla maciones patrimoniale s por supuestos de responsabil dad contractual o extracontractual en lo s que junto con la sociedad mercantil de capital municipal figure como demandada una Administración Públ ca, la competencia para conocer de estas recla maciones corresponderá al orden contencioso[21].

---

conocimiento de la s cuestiones que se susciten en rela ción con la preparación y adjudicación de lo s contratos privados de la s Administraciones Públ cas y de lo s contratos sujetos a regula ción armonizada, inclu idos lo s contratos subvencionados a que se refiere el artícul 17 así como de lo s contratos de servicios de la s categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo val r estimado sea igual o superior a 193.000 euros que pretendan concertar entes, organismos o entidades que, sin ser Administraciones Públ cas, tengan la condición de poderes adjudicadores. También conocerá de lo s recursos interpuestos contra la s resolu ciones que se dicten por lo s órganos de resolu ción de recursos previstos en el artícul 311 de esta Ley.»

El artículo 10 de la LJCA dispone por su parte, que:

«Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en rela ción con:

K) Las resolu ciones dictadas por el órgano competente para la resolu ción de recursos en materia de contratación previsto en el artícul 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales.»

Basta la simple le ctura de estos dos preceptos para poner de manifiesto el error de lo s autos recurridos, que consideramos carentes por comple to de fundamento adecuado, imponiéndose así la estimación del motivo anal zado, y por ende la del recurso de casación sin necesidad de anal zar el motivo segundo, cuya fundamentación, en real dad, está ínsita en la del primero".

19 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Artículo 10 Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia

1. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en rela ción con: [...].

k) Las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones locales.

Artícul 11

1. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia: [...]

f) Las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10.1.k).

20 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa Artículo 2

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de la s cuestiones que se susciten en rela ción con: [...].

E) La responsabil dad patrimonial de la s Administraciones públ cas, cual quiera que sea la naturale za de la actividad o el tipo de rela ción de que derive, no pudiendo ser demandadas aquela s por este motivo ante lo s órdenes jurisdiccionale s civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particula res o cuenten con un seguro de responsabil dad.

21 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia núm. 693/2005 de 26 mayo.

Si se imputa responsabilidad a la entidad «Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A. (EMT)», debe recordarse que este Tribunal carece de jurisdicción para conocer de la cuestión ya que el artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, establece la s atribuciones de la jurisdicción contencioso-administrativo, al establecer que lo s Juzgados y Tribunale s del orden contencioso-administrativo conocerán de la s pretensiones que se deduzcan en rela ción con la actuación de la s Administraciones públ cas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación. Y añade que se entenderá a estos efectos por Administraciones públicas: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración local. d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales. Es decir se precisa que la actuación sea imputable a la administración pública, conformando también la misma las Entidades de Derecho público, pero la entidad «Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A. (EMT)», no es una entidad de derecho público sino una sociedad mercantil sometida al derecho privado, por más que su accionista único sea el Ayuntamiento de Madrid. En igual sentido el artículo 2 establecía que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de la s cuestiones que se susciten en rela ción con: «....» La responsabil dad patrimonial de la s Administraciones públ cas, cual quiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de rela ción de que derive, no pudiendo ser demandadas

Ha de partirse de que la responsabilidad de las sociedades en sus actuaciones con terceros se va a regir por las reglas de la responsabilidad contractual y extracontractual propias del Derecho privado.

A b s efectos de determinar el régimen jurídico apl cabl e en materia de responsabil dad continúa pl namente vigente en nuestro ordenamiento jurídico una concepción subjetiva. Lo rel vante es l personal dad jurídica del sujeto. Al tener l s sociedades mercantil s, incl so aquel s en que el capital pertenece en su total dad a un ayuntamiento, una personificación jurídica de Derecho privado su régimen de responsabilidad se rige por el ordenamiento jurídico privado.

Cierto es que por determinado sector doctrinal, e incluso jurisprudencial, se propone en cuanto a la responsabilidad una concepción material para determinar el régimen jurídico al que deben someterse. Desde este punto de vista se debe considerar no tanto l personal dad jurídica sino el contenido de l actividad en l cual se ha generado la responsabilidad. Desde esta concepción en las actividades de servicio que desarrollan las sociedades públ cas, al jadas de l pura gestión mercantil o industrial, deberían someterse al régimen de responsabil dad patrimonial objetiva regul do en l Ley de Régimen Jurídico de l s Administraciones Públ cas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta postura ha recibido un importante espaldarazo por parte de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en Auto de 20 de noviembre de 2007[22]. En relación a l recl mación de una aseguradora frente a una sociedad mercantil de capital íntegramente b cal concluye que al estar prestándose un servicio públ co mediante una personificación mercantil el régimen jurídico de l responsabil dad no puede ser otro que el propio de l Administración. Consecuentemente la competencia para enjuiciar la reclamación corresponderá a los tribunales de b contencioso-administrativo.

Los hechos determinantes para el Tribunal Supremo son principal m ente dos: que se está util zando l personificación privada para l prestación de un servicio públ co y que el capital de l sociedad es íntegramente públ co.

Sobre estas cuestiones, el carácter públ co del capital social y que l actividad que desarrol sea de servicio públ co, como requisitos esencial s para el sometimiento al régimen objetivo de responsabil dad y al sometimiento de b s tribunal s contenciosos se ha ratificado posteriormente el Tribunal Supremo.

---

aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social. Y la modificación de este precepto operado por la disposición adicional 14ª. 1º) de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 diciembre, mantiene la misma redacción si bien añadiendo que se mantiene la atribución en favor del orden Jurisdiccional contencioso-administrativo aun cuando en l producción del daño concurran con particul res o cuenten con un seguro de responsabilidad. El actual artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que los Juzgados y Tribunales del Los del orden contencioso- administrativo conocerán, asimismo, de l s pretensiones que se deduzcan en rel ción con l responsabil dad patrimonial de l s Administraciones públ cas y del personal a su servicio, cual quiera que sea l natural za de l actividad o el tipo de rel ción de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a el b s su pretensión ante este orden jurisdiccional Igual m ente conocerán de l s recl maciones de responsabil dad cuando el interesado accione directamente contra l aseguradora de l Administración, junto a l Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si l s demandas de responsabil dad patrimonial se dirigen, además, contra l s personas o entidades públ cas o privadas indirectamente responsabl s de aquél s. Es decir para que el asunto se atribuya a este orden jurisdiccional se precisa que siempre sea demandada una administración públ ca y no conformando la entidad «Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A. (EMT)» la administración pública local, el asunto no es competencia de este orden jurisdiccional sino de b s Tribunal s y Juzgados del orden civil conocerán, además de l s materias que l s son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional. (Artículo 9 apartado 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

22 Tribunal Supremo. Auto de 20 de noviembre de 2007 "Pues bien, de b antedicho se desprende que l sociedad anónima contra la que se dirige la pretensión resarcitoria no es una mera concesionaria del Ayuntamiento de Cuevas de Almanzora para la prestación del servicio públ co, de competencia municipal de abastecimiento de agua, sino, conforme al art. 85.3.c) de l Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local una persona jurídica para l gestión directa de un servicio públ co b cal (por más que el art. 103 del Texto Refundido de l s disposiciones l gal s vigentes en materia de Régimen Local aprobado por RD Legvo. 781/1986, de 18 de abril, impusiera l forma de sociedad l mitada y por más que en l escritura de constitución se citara el art. 104 y no el 103 de dicho Texto Refundido), ya que el capital social pertenece íntegramente a todas l s entidades b cal s fundadoras, a diferencia de b previsto en el Ap. 4 e) de ese mismo art. 85 para l gestión indirecta, y no hay resquicio al g uno para l intervención de ninguna persona o entidad que no sea Administración Públ ca. En definitiva, tanto en su origen, un convenio entre la Junta de Andalucía y la Diputación Provincial de Almería, como en su fundación, por la propia Diputación y doce Ayuntamientos, y por su régimen de gobierno, siempre por personas que ostenten el cargo de diputados provincial s y de edil s de dichos Ayuntamientos, l personal dad administrativa de l sociedad, su carácter de Administración Públ ca, es indiscutibl en todo cuanto se refiere a l prestación del servicio públ co y, por tanto, también en cuanto a su responsabil dad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dicho servicio, ya que en real dad l constitución de una sociedad anónima fue l fórmul adoptada para aunar b s esfuerzos de todas l s entidades públ cas fundadoras en l prestación del servicio públ co que a cada una de el s incumbía por separado, pero sin que el s permitiera el dir el régimen específico de su responsabil dad patrimonial tras una serie de importantes modificaciones normativas que, iniciadas con l Ley 30/92 y cul m inadas con l s reformas de l LOPJ y de l LJCA en 2003, pretenden hacer real dad el principio de unidad de jurisdicción para l Administración Públ ca, que resul aría el dido mediante ese revestimiento puramente formal del mismo modo que cuando l persona física pretende sal v ar su propia responsabil dad patrimonial universal ocul ándose en una persona jurídica y haciendo precisa l apl cación de l técnica del `l vantamiento del veb ´".

En aplicación de estos criterios, poniendo principalmente el acento en la propiedad pública de la sociedad, el Auto de 22 de septiembre de 2008[23] niega la posibilidad de acudir a la vía contenciosa frente a una concesionaria de un servicio público al faltar el requisito de la integridad del capital público. Criterio seguido asimismo en sentencias sucesivas como la de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 2009[24] que asume, en base al posicionamiento del Tribunal Supremo, la competencia de la jurisdicción civil para enjuiciar la responsabilidad de una sociedad mixta por no ser su carácter íntegramente público.

No obstante el Auto del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2009[25] vuelve a matizar la postura al negar la posibilidad de reclamar en vía contenciosa a una entidad pública empresarial puesto que si bien su capital es íntegramente público la actividad por la que reclama no atiende a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública.

Se observa por tanto cierta indefinición en la postura jurisprudencial. La integridad del capital público resulta un requisito imprescindible pero parece que no único. Resulta necesario que la actuación societaria tenga una finalidad pública.

Sin perjuicio de la complejidad de definir los límites del servicio público y la dificultad de utilizar este concepto como parámetro para establecer uno u otro régimen de responsabilidad, público o privado, con la normativa actualmente vigente no parece posible asumir dicha postura.

La normativa local[26] se remite al régimen general de responsabilidad patrimonial de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Tomando en consideración la claridad con que se expresa esta norma y su desarrollo reglamentario que afirma que el sistema de responsabilidad patrimonial objetivo es aplicable a las Administraciones Públicas deben hacernos concluir que no cabe su aplicación, en ningún supuesto, a una sociedad mercantil de capital municipal sin que previamente se realice una modificación legislativa.

En estos mismos términos, aunque con anterioridad a los pronunciamientos de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo que hemos analizado, se han manifestado en determinadas ocasiones los tribunales[27] excluyendo la aplicación de la normativa de responsabilidad patrimonial de las Administraciones atendiendo a la naturaleza privada de las sociedades mercantiles.

---

23 Tribunal Supremo. Auto de 22 de septiembre de 2008 "Como el Ministerio Fiscal recuerda, esta Sala de Conflictos, en Auto de 20 de noviembre de 2007 (conflicto de competencia 23/2007), tuvo en cuenta la naturaleza jurídico-pública de la entidad concesionaria del servicio para llegar a un solución contraria a la del caso de autos. En aquella resolución, el factor determinante de la decisión adoptada fue que el capital social de la entidad concesionaria del servicio era, en su integridad, de procedencia pública; de ahí que, a los efectos de determinar su responsabilidad patrimonial, se entendiera que actuaba como un verdadero ente administrativo más y, por tanto, la jurisdicción competente era la Contencioso-Administrativa. El verdadero criterio delimitador que justificó la elección de esa Jurisdicción no fue tanto la gestión de un servicio público, sino, sobre todo y fundamentalmente, que aquella Entidad fuera de titularidad pública aunque con una configuración formal de sociedad anónima".

24 Audiencia Provincial de Madrid de 6 de octubre de 2009 "En el supuesto presente, el capital social de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A., no es enteramente público del Ayuntamiento de Madrid, por lo que no existe razón alguna para calificarla administración pública a los efectos analizados".

25 Tribunal Supremo. Auto de 19 de junio de 2009 "No obsta que EMGIASA sea una entidad empresarial pública con la totalidad de su capital social suscrito por el Ayuntamiento porque si en todo contrato administrativo ha de ser una de las partes una Administración Pública, no todos los contratos que celebra una Administración Pública son administrativos. La actividad contractual desplegada por EMGIASA, aunque tiene aspectos administrativos y responda a un propósito de favorecer a una parte de la población por un laudable interés social, no atiende a satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública -obra pública o servicio público- de su específica competencia, y, con independencia de si realmente existe una responsabilidad como promotora en la función de fiscalización de la obra, o como vendedora, resulta evidente que, dada la naturaleza de la obligación jurídica exigida, se trata de materia sustantiva civil, regulada por preceptos de esta naturaleza".

26 Ley 7/85 de Bases del Régimen Local. Artículo 54: Las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa.

Artículo 224 ROF: Cuando la entidad local explote una industria o Empresa como persona jurídica de Derecho privado, le será aplicable las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad por daños y perjuicios.

27 Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 26 May. 2005, rec. 1070/2003: La Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A., no es Administración pública, sino que es una sociedad privada municipal, es una sociedad anónima mercantil, siendo indiferente, al determinar su naturaleza, quién sea socio de la misma ni el fin a la que está destinada. En el sector público actúan tres categorías principales de personas, no pudiendo ni debiendo confundir persona con Administración pública, que son las Administraciones públicas en sí mismas, es decir, los entes puros de Derechos administrativo, las entidades de Derecho público con personalidad jurídica pública que son los organismos autónomos, y empresas con personalidad jurídica pública, y por último las empresas mercantiles con personalidad jurídica privada. Que actúen los tres tipos en la esfera pública no significa que estén sujetas al Derecho administrativo, y la resolución de los litigios en los que sean partes como demandadas hayan de ser resueltos por la jurisdicción contenciosa, sólo será competente ésta cuando estemos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En consecuencia, sin desconocer la posición del Tribunal Supremo, a nuestro parecer las sociedades municipales deben someterse exclusivamente a la normativa privada en cuanto a la responsabilidad frente a terceros perjudicados[28].

Tan solo cuando en aplicación de la técnica del levantamiento del velo, motivado por una actuación fraudulenta o en abuso de derecho, se imputen a la Administración los actos de la sociedad podrán someterse conductas societarias al régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones. Pero en estos casos el hecho determinante es que la conducta societaria se atribuye como propia de la Administración y por ello debe responder conforme a las normas del Derecho administrativo.

Esta regla general del sometimiento al Derecho privado puede no obstante matizarse en algunos aspectos. Sin perjuicio de que su régimen de responsabilidad es de Derecho privado las sociedades municipales son formas de gestión directa de servicios y de prestación de actividades económicas utilizando para ello bienes y derechos de titularidad municipal. El ayuntamiento es siempre el titular del servicio o de la actividad, e incluso del patrimonio que se utiliza para los fines societarios, siendo la sociedad el instrumento a través del cual se materializa la voluntad municipal. Por ello el ayuntamiento no puede escudarse sin más en la personalidad privada de la sociedad instrumental. Su posición debe estudiarse caso por caso a los efectos de exigirle responsabilidad.

En este sentido la sentencia Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009 en la resolución de un recurso de casación en interés de Ley pone el acento en que para fijar la posible responsabilidad del ayuntamiento en unión a la de la sociedad municipal resulta relevante no la titularidad de las acciones sino la del servicio que presta esa sociedad.

Es una postura mucho mejor fundamentada, según nuestro criterio, que la expuesta de la Sala de Conflictos del propio Tribunal Supremo. Mientras que esta Sala equiparaba a la sociedad de capital íntegramente público que desarrolla servicios públicos a una Administración y consecuentemente la sometía a un régimen de responsabilidad patrimonial objetivo con competencia de la jurisdicción contenciosa en este supuesto el Tribunal Supremo introducía un nuevo matiz.

Afirma que la Administración no puede declararse ajena puesto que es la titular tanto de la actividad como de los bienes que se utilizan para su prestación con lo cual puede concurrir como codemandada a efectos de exigir su responsabilidad pero sin objetivizar la responsabilidad de las sociedades mercantiles en la prestación de los servicios públicos.

Al no existir para estos supuestos en que el daño puede imputarse tanto al ayuntamiento como a la sociedad mercantil de capital municipal un procedimiento administrativo previo destinado a determinar a quién resulta imputable el daño entendemos que el resulta posible que el perjudicado opte por reclamar junto con la sociedad municipal al propio ayuntamiento.

En este caso la competencia para conocer ese asunto corresponderá conforme a las normas que hemos visto a la jurisdicción contencioso-administrativa[29] que según tiene declarado la jurisprudencia tiene competencia plena en la materia. Si se concluye que la Administración no es responsable debe enjuiciar la responsabilidad del resto de codemandados aunque sean sujetos de Derecho privado[30].

---

28 En este sentido SSTS de 8 de mayo de 2001 y de 9 de febrero de 1999.

29 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Artículo 2 El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: [...].

e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.

30 Tribunal Supremo. Sentencia de 21 de noviembre de 2007: "Ello supone que corresponde al orden Contencioso-Administrativo el enjuiciamiento de las cuestiones referentes a responsabilidad de la Administración pública y que, cuando ésta se articule en concurrencia con privados o compañías aseguradoras, todos ellos han de ser igualmente demandados ante el orden Contencioso-Administrativo, que queda ya facultado, como lo era el orden jurisdiccional civil con anterioridad a 1998, para el enjuiciamiento de la responsabilidad tanto de la Administración pública como de los particulares.

Y no es obstáculo a tal conclusión, la circunstancia de que se excluya por los tribunales de lo Contencioso-Administrativo la responsabilidad de la Administración ya que ello no imposibilita el enjuiciamiento de la responsabilidad de los particulares concurrentes con aquella. Tal interpretación de los preceptos antes mencionados iría en contra del principio de unidad jurisdiccional y conduciría a un nuevo peregrinaje de jurisdicciones, puesto ya de manifiesto con la legislación anterior, y que sería absolutamente contrario a la efectividad de la tutela judicial efectiva proclamada por el artículo 24 de la Constitución.

Así lo hemos entendido recientemente en sentencia de 26 de septiembre de 2007 (recurso de casación núm. 4872/2003); en el caso al enjuiciado, después de excluir la responsabilidad de la Administración, el Tribunal de instancia había efectuado condena de particulares, y cuestionada ésta en vía casacional, se rectificó la cuantía indemnizatoria, pero sin excluir la posibilidad de que el orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo se pronunciara sobre la condena de particulares con exclusión del reconocimiento de responsabilidad de

Pero insistimos en que en todo caso la responsabilidad de la sociedad no debe determinarse conforme a las normas propias de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones que no les son de aplicación ni siquiera en vía contenciosa, sino las propias de los sujetos privados regulados en la normativa mercantil. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo[31] afirmando que cuando sujetos privados son llevados al procedimiento contencioso administrativo como codemandados su eventual responsabilidad debe ser enjuiciada conforme a las normas propias del ordenamiento privado.

Por ello nos parece erróneo el planteamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que en sentencia de 27 de diciembre de 2012[32] intenta equiparar a una sociedad de capital íntegramente público como es Metro de Madrid SA a un concesionario de un servicio aplicándole la normativa prevista en el TRLCSP. Imponiendo a la Comunidad de Madrid como propietaria de la sociedad la obligación de tramitar un expediente previo y al no haberlo hecho admite que se demande a la Administración junto con la sociedad pública aplicándoles a ambas el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No resulta admisible esta postura puesto que una sociedad pública que gestiona un servicio no es un concesionario en los términos de la normativa contractual y ante una reclamación la Administración no tiene por qué tramitar un expediente en los términos del TRLCSP. En todo caso exista o no reclamación previa en vía administrativa y diga lo que diga la Administración que puede afirmar que la responsabilidad es exclusiva de la sociedad pública, la vía contenciosa queda abierta para el perjudicado. Los tribunales determinarán si existe deber de indemnización y a quién corresponde el mismo. Para determinar la responsabilidad de la Administración aplicarán la Ley 30/1992 y su normativa de desarrollo. Para la sociedad pública, las normas del ordenamiento privado.

---

la Administración, puesto que el recurso Contencioso-Administrativo se había planteado contra una decisión administrativa apreciando el recurrente que coexistía responsabilidad de la Administración junto con la de los particulares".

31 Tribunal Supremo. Sentencia de 21 de noviembre de 2007: "En tales circunstancias es evidente que no cabe entender producida una actuación merecedora de la pretendida condena por parte de las entidades y personas privadas traídas como codemandadas al proceso, ni siquiera invocando la teoría del riesgo, de origen civilístico, ni tampoco en función de las posibles irregularidades existentes en la grúa y en su instalación o en la deficiente conservación del poste del tendido eléctrico que cayó sobre el particular, porque es evidente que la responsabilidad de los particulares cuando sean traídos al proceso como consecuencia de una responsabilidad imputable, junto a ellos, a la Administración, no permite enjuiciar dicha responsabilidad si no es con arreglo a las normas del orden civil, contenidas en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, sin que exista base alguna para poder aplicar a dichos sujetos privados los principios de la responsabilidad objetiva que consagra el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y que resulta únicamente predicable de la Administración y su responsabilidad.

En el orden civil recuerda la Sala Segunda de este Tribunal, en sentencia de 9 de febrero de 2007 que ´corresponde la carga de la prueba de la base fáctica del (nexo causal), y por ende las consecuencias favorables de su falta al demandante", añadiendo que "la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido constatarse (sentencia de 3 de mayo de 1995 citada en la de 30 de octubre de 2002, precisando, "como ya ha declarado con anterioridad esta Sala, la necesidad de cumplida demostración del nexo referido que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño, que es lo que determina su obligación de repararlo y que no puede quedar desvirtuada por una aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los artículos 1902 y 1903 en determinados supuestos, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso´".

32 Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia de 27 de diciembre de 2012: En concreto en la citada sentencia se afirma:

"Como luego se verá, entre la Comunidad de Madrid y "METRO DE MADRID SA" existe una relación contractual de gestión de servicio público que determina el carácter solidario de la responsabilidad patrimonial que nos ocupa" [...].

"Como se ha dicho, no es éste un caso en el que la Administración haya reconocido cualquier relación con el ámbito en el que pudo originarse la responsabilidad que se reclama: no ha dictado una resolución declarando la responsabilidad de "METRO DE MADRID, S.A." e imponiéndosela, aplicando las disposiciones legales en materia de contratación administrativa que le permitan imputar al concesionario de un servicio público la responsabilidad por los daños y perjuicios causados a terceros en la gestión del servicio concedido; es decir, no es que haya inadmitido la reclamación por considerarse exonerada de toda responsabilidad debido a que la intervención de la entidad que presta el servicio público, cuya titularidad le corresponde a la Administración demandada, ha dado lugar a la ruptura del nexo causal, sino por considerarse absolutamente ajena al tema" [...].

"La circunstancia de la distinción entre la titularidad y la prestación del servicio público no exonera de responsabilidad a la Comunidad de Madrid, como tampoco el hecho de que la responsabilidad derive de una relación privada entre "METRO DE MADRID, S.A." y el recurrente, pues es pacífica la doctrina jurisprudencial que, al hilo del alcance general y unitario del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que se desprende de los artículos 106.2 y 149.1.18ª de la Constitución, considera indiferente el contexto en que haya tenido lugar la actividad administrativa, incluida la de las autoridades o personal a su servicio - artículo 145.1 de la Ley 30/1992 -, bien lo haya sido en el estricto ejercicio de una potestad administrativa, en forma de una mera actividad material, en omisión de una obligación legal, en actuaciones de autoridades o personal a su servicio, y siendo también indiferente la naturaleza, pública o privada, de la relación de que la responsabilidad derive pues, en caso de relaciones de Derecho Privado, las Administraciones públicas también responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, ya que la actuación del mismo se consideran legalmente como actos propios de la Administración, debiendo exigirse la responsabilidad de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común -artículo 144 de la misma".

2.1.4 Acceso a información societaria

Dentro de la normativa sectorial la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno también permite el control por parte del orden contencioso de los acuerdos de las sociedades municipales en relación con las solicitudes de acceso a información.

Esta norma incluye dentro de su ámbito de aplicación a las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta de los ayuntamientos sea superior al 50 por 100. Por tanto las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal se encuentran sometidas a esta regulación.

Solicitado por los ciudadanos el acceso a documentación societaria en el caso de que se desestime por parte de una sociedad de capital íntegramente municipal esta decisión se convierte en un acto materialmente administrativo en tanto el mismo puede ser recurrido en vía contenciosa.

Con carácter potestativo y previo a la vía contenciosa, y si así prevé en la normativa autonómica, se podrá impugnar la denegación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno o equivalente autonómico pudiendo recurrirse posteriormente esta decisión en vía contenciosa.

Pero ha de tenerse en cuenta que el recurso ante el Consejo u órgano autonómico es potestativo lo que supone que las decisiones de sociedades privadas de capital público superior al cincuenta por ciento en relación con el acceso a información en los términos de la Ley 19/2013 pueden controlarse por el orden contencioso.

A efectos de evitar confusiones consideramos conveniente modificar la LJCA para realizar una atribución de competencia expresa indicando los jueces o tribunales que van a conocer estos asuntos. Pero no resulta imprescindible puesto que la atribución de competencia del orden jurisdiccional contencioso puede realizarse, de acuerdo con la LOPJ[33], por cualquier norma con rango de Ley que es precisamente lo que ha hecho la Ley de Transparencia.

2.1.5 Actos de formación de la voluntad de la junta general societaria

La doctrina de los actos separables tiene también aplicación dentro del procedimiento de formación de la voluntad de los órganos de las sociedades mercantiles de capital municipal.

En concreto en relación con la junta general en tanto órgano decisorio de la sociedad que expresa la voluntad del propietario único. No así en cuanto a la actuación del consejo de administración o los órganos de dirección que se someten en exclusiva a la normativa privada excepción hecha de la materia contractual o de acceso a la información en los términos expuestos.

Ha de tenerse en cuenta que las sociedades mercantiles de capital íntegramente municipal son sociedades unipersonales puesto que su capital pertenece en exclusiva al ayuntamiento.

En las sociedades unipersonales el socio único adopta las decisiones de la sociedad asumiendo formalmente la condición de acuerdos de la junta general. Esta solución constituye una ficción para mantener la estructura orgánica societaria en tanto ni existen convocatorias ni quórums ni mayorías que respetar. Si el socio es una persona física su mera voluntad se convierte en acuerdo. Si es una persona jurídica debe respetar el procedimiento que le impone su normativa para formar su voluntad pero una vez formada se convierte en acuerdo de la sociedad unipersonal sin más trámite procedimental que recogerla en acta[34].

33 Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 7ª, Sentencia de 21 Nov. 2012, rec. 5049/2011:

"La concepción de los límites del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en que se sustentan los autos recurridos, fundada exclusivamente en los artículos 9.4 LOPJ y 1 LJCA , supone una concepción inaceptablemente reduccionista , en cuanto prescinde de un elemento esencial del propio artículo 9 LOPJ , en función del cual el límite de su apartado 4 puede ser ampliado. En efecto, el artículo 9 de la LOPJ, que constituye la clave de arco de la definición de los ámbitos de los distintos órdenes jurisdiccionales, precisa en su apartado 1 que «Los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley.» Es preciso observar que la definición de esos ámbitos de los distinto órdenes jurisdiccionales no se acota en exclusiva en el propio artículo 9, que es la tesis implícita en los autos recurridos, sino que se abre a otras leyes, como expresamente se indica en el inciso final. Al respecto debe marcarse énfasis especial en la expresión legal de "por esta u otra ley.

La llamada desde la LOPJ, clave de la ordenación total, a otras leyes permite así, sin riesgo alguno de colisión con el apartado 4º, que otras leyes amplíen en el ámbito jurisdiccional del orden contencioso administrativo a supuestos que con arreglo a aquel apartado no entrarían en él. Esto es precisamente lo que ocurre en este caso en virtud de lo dispuesto en la Ley 30/2007, reformada por la Ley 34/2010, que, de modo inadecuado, los Autos recurridos han omitido considerar, al estar anclados exclusivamente en los preceptos que en ellos se citan".

34 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Artículo 15 Decisiones del socio único

1. En la sociedad unipersonal el socio único ejercerá las competencias de la junta general.

2. Las decisiones del socio único se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas

¿En qué situación se encuentran los ayuntamientos? Son unos particulares socios únicos, puesto que por su condición de Administraciones Públicas deben formar su voluntad conforme al Derecho administrativo.

La previsión del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RS) que impone como forma de organización societaria la existencia de junta general, consejo de administración y gerencia y que obliga a que todos los integrantes del Pleno formasen la junta no puede entenderse ya como imperativa.

La normativa básica local sólo impone como órganos necesarios la junta general y el consejo de administración dejando su composición y estructura a los que determinen los propios estatutos. Por tanto existe discrecionalidad para que el Pleno, con los límites de la LBRL, organice internamente la sociedad.

Es por tanto indiferente que se haga coincidir en composición a la junta general con el Pleno o con la Junta de Gobierno Local o incluso con un órgano unipersonal. Pero en todo caso han de respetarse las reglas públicas de formación de la voluntad necesarias para que el ayuntamiento en su condición de socio único adopte sus decisiones.

Como punto de partida para aplicar esta doctrina de los actos separables en el ámbito societario ha de citarse el artículo 92 del RS que afirma que el funcionamiento de la Corporación constituida en junta general de la empresa se acomodará, en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley y del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales (ROF), aplicándose las normas reguladoras del régimen de las sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales.

Como decíamos los preceptos contenidos en el RS en relación con las sociedades municipales han de considerarse en términos generales inaplicables. Tras la reforma del año 2003 la LBRL[35] se remite a los estatutos societarios para regular el gobierno de las sociedades pero este concreto precepto, el artículo 92 del RS, hemos de considerarlo vigente puesto que está reiterando una norma básica del funcionamiento de los entes locales: la adopción de acuerdos por los órganos municipales debe realizarse conforme al Derecho administrativo.

Vale por tanto para las sociedades municipales lo antes expresado para las personas jurídicas propietarias únicas a su vez de una sociedad. Cuando el socio único de una sociedad mercantil es una persona jurídica la adopción de decisiones en su condición de socio único debe respetar las reglas de formación de voluntad de esa persona jurídica. En el caso de los ayuntamientos esas normas se contienen en la Ley básica local y en el ROF, en ausencia de reglamento orgánico municipal.

Evidentemente si se atribuyen las funciones de la junta general societaria a un órgano unipersonal como la alcaldía o una concejalía delegada las reglas de formación de la voluntad serán muy sencillas pues coinciden con la voluntad del órgano titular.

Si se hace con el Pleno o la Junta de Gobierno Local[36] deberán respetarse las normas de estos órganos en relación con los quórum de las convocatorias y con las mayorías para la adopción de acuerdos. Cualquier infracción de estas normas supone una infracción de normas de Derecho público que debe ser controlado por los tribunales contenciosos.

Se trata por tanto de respetar las reglas de formación de la voluntad propias de los órganos locales que

por el propio socio o por los administradores de la sociedad.

35 Ley 7/85 de Bases del Régimen Local. Artículo 85 ter [...].

3. Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

36 En este sentido el Ayuntamiento de Madrid hace coincidir la junta general de sus sociedades municipales con la junta de gobierno local.

V. Gr.: Estatutos de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A.

Artículo 11. La Junta General.

La Junta General es el órgano soberano de la Sociedad. Debidamente convocada y constituida decidirá los asuntos propios de su competencia.

La Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid asumirá las funciones y competencias de Junta General de la Sociedad.

Será Presidente de la Junta General el Alcalde como presidente de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, y el Secretario el Concejal Secretario de la Junta de Gobierno, o quienes les sustituyan de acuerdo a lo establecido para el funcionamiento de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid.

A la Junta General podrán asistir con voz pero sin voto los miembros del Consejo de Administración, el Gerente y otro personal técnico que ésta determine, a propuesta del Presidente o del Consejo de Administración

se rigen por normas administrativas. La jurisprudencia viene aplicando la doctrina de los actos separables sometiendo al Derecho administrativo determinados actos de las sociedades mercantiles distinguiendo entre los actos relativos a la gestión comercial o mercantil que se rigen por normas privadas y los actos organizativos internos y los necesarios para la formación de la voluntad, que se rigen por el Derecho administrativo. En este sentido pueden citarse las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 18 de febrero de 2000[37] y de 25 de febrero de 2002.

Interesa detenerse en esta materia en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de julio de 1997 y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León del 30 de noviembre de 2000 que aplican esta doctrina en el ámbito de la designación del consejo de administración como competencia de la junta general en aplicación de las normas contenidas en el RS.

Esa normativa del RS resultaba aplicable en ese momento pero ha perdido vigencia tras la reforma de la LBRL del año 2003 que introdujo el artículo 85 ter. de la LBRL en el que se contiene una remisión en bloque al Derecho privado. Conviene analizar esas sentencias para delimitar con claridad el ámbito de aplicación de la doctrina de los actos separables en relación con las sociedades de capital municipal

La del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 18 de julio de 1997 considera dentro del ámbito interno del funcionamiento de las sociedades mercantiles, controlable por la jurisdicción contenciosa, el nombramiento del consejo de administración en tanto debe respetarse en su nombramiento por la junta general las normas fijadas en el RS[38]. Con la normativa actualmente vigente no nos parece posible defender esta posición. La remisión a los estatutos y a la normativa mercantil es plena en la LBRL que únicamente impone la existencia del consejo de administración como órgano necesario correspondiendo a la junta general su nombramiento de conformidad con los requisitos fijados en la normativa de sociedades de capital

Por tanto entendemos que esta cuestión no puede ser objeto de revisión en vía contencioso-administrativa. Tan solo en los municipios de gran población en los que tras la reciente reforma de la LBRL corresponde a la Junta de Gobierno Local[39] la designación de los integrantes de la junta general podrá revisarse dicho acuerdo en vía administrativa.

---

37 Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia de 18 de febrero de 2000: "En cuanto a la Junta General, cuando sea desempeñada esta función por la propia Corporación, no cabe olvidar que ésta actúa como tal Junta y no como órgano administrativo, pese a lo cual el art. 92.1º del RS establece que el funcionamiento de la Corporación constituida en Junta General se acomodará, en cuanto al procedimiento y adopción de acuerdos, a los preceptos de la Ley de Bases y ROF, aplicándose las normas reguladoras del régimen de las sociedades anónimas en las restantes cuestiones sociales".

Para un sector doctrinal se excluye, en principio, toda aplicación del Derecho administrativo en cuanto a la impugnación de acuerdos. Otro, por contra, entiende que existen aspectos formales separables, de naturaleza administrativa, en cuanto al procedimiento y régimen de adopción de acuerdos y que, en consecuencia, la impugnación de acuerdos se sujeta al Derecho Administrativo y es competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Parece más acertada esta última posición, pues no se olvide que aquí la Administración, Mancomunidad de Municipios, interviene en cuanto tal como Junta General, y el principio de colegialidad del órgano y las reglas de funcionamiento que le son intrínsecas deben mantenerse, y constituyen un aspecto separable. Además, las fuentes normativas que deben regir el funcionamiento de la sociedad, tal y como hemos visto, evidencian una separación entre el funcionamiento de la misma «ad extra», esencialmente mercantil, y algunos aspectos de funcionamiento interno, que el legislador «separa» de la Ley mercantil e invoca las normas que rigen la administración local. Si a esto añadimos que el interés público está fuertemente representado en la gestión de la sociedad, pues satisface un servicio público esencial con reserva en favor de las Entidades locales («ex» art. 86.3 de la Ley 7/1985), y que para los supuestos de contratación por este tipo de sociedades, también se acude a la doctrina de los actos separables para el enjuiciamiento en sede jurisdiccional contencioso-administrativa, el resultado será, en principio, la posibilidad de revisar la actuación de esta sociedad en lo relativo al procedimiento y adopción de acuerdos («ex» art. 92 del RS)".

38 Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sentencia de 25 de febrero de 2002 Considera la Sala que para determinar la sujeción a una u otra jurisdicción de los acuerdos sociales de las sociedades de capital público hay que distinguir entre los acuerdos sociales concernientes a lo que integra la actividad propia de la sociedad, es decir, todos los actos o acuerdos relativos a la gestión mercantil o empresarial de la misma (aunque se trate, en definitiva, de actos de gestión de un servicio público), y aquellos otros acuerdos que hacen referencia a su organización y que deben ajustarse a las normas de derecho administrativo que los regulamenta.

No cabe duda de que los primeros de los acuerdos a los que se ha hecho referencia son acuerdos de una sociedad mercantil con personalidad jurídica propia y distinta de la entidad local, y por ello esos acuerdos son impugnables de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 115 y ss. de la Ley de Sociedades Anónimas ante la jurisdicción civil

En este caso, sin embargo, el acuerdo impugnado se refiere al nombramiento de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad, nombramiento que ha de ajustarse a las previsiones y requisitos establecidos en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, ya citado, de modo que se trata de una cuestión sujeta al Derecho Administrativo y cuyo enjuiciamiento pertenece, por tanto, a esta jurisdicción

39 Ley 7/85 de Bases del Régimen Local Artículo 127 Atribuciones de la Junta de Gobierno Local

1. Corresponde a la Junta de Gobierno Local:

m) Designar a los representantes municipales en los órganos colegiados de gobierno o administración de los entes, fundaciones o sociedades, sea cual sea su naturaleza, en los que el Ayuntamiento sea partícipe.

Por su parte la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 30 de noviembre de 2000 con apoyo de la doctrina de los actos separables[40] concluye que es controlable en vía contenciosa el incumplimiento de los límites fijados en el RS en relación al consejo de administración que imponían que no podrían ser corporativos más de un tercio de sus miembros[41].

Por la remisión que hace la ley básica a los estatutos y a las normas mercantiles las previsiones materiales del RS deben entenderse inaplicables no siendo ni de obligado cumplimiento ni controlables por la jurisdicción contenciosa. Como venimos diciendo dentro del RS solo puede considerarse de aplicación el artículo 92 en cuanto a la formación de la voluntad de los órganos societarios en tanto reitera lo previsto en la normativa básica y en el ROF.

Sobre este marco que distingue entre formación de la voluntad de la junta general y decisión adoptada existen sentencias que han ido perfilando aspectos concretos del sometimiento a las normas administrativas del procedimiento de adopción de acuerdo.

En primer lugar a sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2002[42] hace referencia, para el caso de que el régimen de la junta general se haga coincidir con el Pleno, al derecho de solicitar convocatoria extraordinaria de la junta general de la sociedad por los concejales de la oposición al amparo de lo previsto en la normativa local

40 Frente al recurso la Corporación demandada en el escrito de contestación articula su defensa principalmente esgrimiendo la inadmisibilidad del recurso por falta de jurisdicción al amparo del art. 82.a) de la Ley Jurisdiccional del año 1956, al considerar que los acuerdos de las Juntas Generales de las Sociedades municipales sólo son susceptibles de impugnación según las normas de la ley de Sociedades Anónimas (arts. 115 al 122) nunca en esta vía contencioso administrativa. Basa esta alegación en la consideración de que los acuerdos de los órganos de la sociedad anónima municipal son actos de un ente de derecho privado. Pero conforme a lo expuesto en el apartado anterior de esta resolución, este argumento no se puede aceptar ya que hay actuaciones de los entes institucionales constituidos bajo formas privadas de personificación, en nuestro caso bajo la forma de sociedad anónima, que son las que afectan a su constitución interna, y al ámbito interno de las relaciones que cohesionan a dichos entes con la Administración de la que dependen, que al corresponderse al ejercicio concreto hacia el exterior de ciertos poderes jurídico públicos se rigen por el Derecho Administrativo. La forma mercantil de dichos entes significa que las relaciones surgidas en el tráfico jurídico externo de los mismos con terceros se van a regular por el Derecho Privado. Par consiguiente de las actividades de dichos entes institucionales surgen relaciones jurídicas sometidas al Derecho Administrativo y otras al Derecho Privado; por otra parte la teoría de los actos separables permite que aspectos de una misma actividad de dichos entes sean enjuiciados por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos (normas de procedimiento y régimen de adopción de acuerdos de la Junta General) o por la jurisdicción civil

Por tanto si los actos de constitución de dichos entes instituciones son el ejercicio unas relaciones jurídico públicas sometidas al Derecho Administrativo, los acuerdos impugnados en este recurso que versan sobre la modificación de los Estatutos en cuanto regulan la composición del Consejo de Administración, el nombramiento de dichos administradores y la habilitación al Sr. Alcalde para otorgar los documentos públicas y privados necesarios a fin de dar cumplimiento a dichos acuerdos participan inexcusable de una naturaleza jurídico público y constituyen actos administrativos cuyo examen de legalidad ha de efectuarse en esta jurisdicción contencioso-administrativa.

41 Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Artículo 93 [...].

3. Los miembros de la Corporación podrán formar parte del Consejo de Administración hasta un máximo del tercio del mismo y afectarán a los Consejeros las incapacidades e incompatibilidades que para ejercer cargos representativos señalan la Ley y Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Corporaciones Locales.

42 Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 28 octubre 2002:

"En esencia debemos repetir que, conforme a los Estatutos de ACOSOL, SA, estamos ante una sociedad de ámbito local y carácter mercantil constituida bajo la forma de sociedad anónima (artículo 1), cuyo capital está suscrito íntegramente por la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental, no pudiendo ser transferido ni destinado a finalidad distinta del objeto de la empresa (artículo 5). Su objeto es inequívocamente la prestación de un servicio público (servicios relativos al ciclo integral del agua descritos en el artículo 2). La Comisión Gestora de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental (órgano administrativo) asume las funciones y competencias de la Junta General (artículo 10).

Nos encontramos pues ante una sociedad mercantil constituida para la gestión directa de un servicio público, según autoriza el artículo 85.3.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. El artículo 10, párrafo segundo, de los Estatutos de ACOSOL, SA establece que la convocatoria de las Juntas Generales Ordinarias y Extraordinarias se acomodará a las disposiciones vigentes en materia de régimen local. Se remita por tanto este precepto estatutario al artículo 78.2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROFRJ), según el cual, las sesiones extraordinarias de los órganos necesarios de los entes territoriales locales deberán ser convocadas por el Presidente a solicitud de la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación (solicitud de la cuarta parte de los miembros de la Junta General de ACOSOL, SA, que no se discute que haya tenido lugar).

Por tanto, la relación jurídica en litigio consiste en la convocatoria de una sociedad mercantil en que la Junta General se identifica con un órgano administrativo y en que los propios Estatutos de la sociedad se remiten a las normas de Derecho administrativo para regular dicha convocatoria. Existiendo una finalidad de servicio público, la intervención de un órgano administrativo que asume las funciones de la Junta General, y la aplicación de unas normas de Derecho administrativo, que tienen su fundamento en los intereses generales que gestiona la sociedad , de lo que se deriva que el litigio sobre la procedencia de la cuestionada convocatoria, y sobre si su denegación ha vulnerado el artículo 23.1 de la Constitución, corresponde al conocimiento del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Con ello, además, se evita la llamada huida del Derecho administrativo y de los consiguientes controles por parte de entidades que gestionan servicios públicos, en las que debe hacerse efectivo el derecho de participación en los asuntos públicos que garantiza el artículo 23.1 de la Constitución".

La del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 de junio de 2001[43] reconoce el derecho de conformidad con la normativa local, en el caso que exista coincidencia entre integrantes del Pleno municipal y de la junta general societaria, tanto a promover la convocatoria de sesiones extraordinarias si los solicita la cuarta parte de miembros de la junta general como a disponer con antelación suficiente de la documentación relativa a los acuerdos a tratar. De esta forma, resulta evidente que el régimen administrativo desplaza al mercantil en las convocatorias del órgano societario.

En sentido análogo se pronuncia desde el orden civil la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 9 de junio de 2011[44] que declara la incompetencia del orden civil para conocer la impugnación de la negativa a la convocatoria de una junta general societaria por parte de la oposición. Entiende el tribunal que ese derecho dimana de la regulación administrativa, concretamente del artículo 92 del RS, debiendo reclamarse en el orden contencioso. Añade además acertadamente que no puede esgrimirse el ordenamiento privado puesto que los concejales carecen de legitimación de conformidad con la ley de sociedades de capital para pedir esa convocatoria extraordinaria en tanto no son ni socios ni accionistas.

Por último, además de aplicar la doctrina de los actos separables la jurisprudencia viene sancionando con su consideración de actos administrativos aquellos adoptados por las sociedades municipales en infracción de sus normas de formación de la voluntad de las sociedades mercantiles. Ante esta infracción se considera que tales actos no pueden imputarse a las sociedades mercantiles sino que son actos propios de la Administración, como socio único, e impugnables ante el orden contencioso.

3. LEGITIMACIÓN DE LOS CONCEJALES PARA IMPUGNAR LOS ACUERDOS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES DE CAPITAL MUNICIPAL

En el ámbito administrativo el artículo 63 de la LBRL afirma que los actos y acuerdos de las entidades locales podrán ser impugnados por los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de los mismos.

Esta norma constituye una especialidad propia del ámbito local en relación con la norma contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa[45] que prohíbe la interposición de recurso contencioso contra una

43 Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Sentencia de 6 de junio de 2001 "De cuanto antecede resulta que no procedía la petición de Junta Ordinaria solicitada por los Grupos Municipales antes dichos al tratarse de una obligación del Alcalde, a celebrar dentro de los seis primeros meses, pudiendo aquellos requerir su cumplimiento una vez transcurrido el indicado plazo o en su caso interesar la celebración de una Junta Extraordinaria a petición de más de una cuarta parte de los miembros, artículo 18 del Reglamento de Organización, al no estar previsto en los Estatutos y referirlo el artículo 100 de la Ley de Sociedades Anónimas a la titularidad del 5% del capital social de la que carecen los concejales, petición que no se ha producido en el caso de autos, por lo que no cabe hablar de falta de motivación de la convocatoria por no existir identidad entre lo pedido y lo acordado, y más como pone de manifiesto el Sr. Secretario en su informe, cuando la única diferencia viene determinada por el examen de las cuentas y gestión económica, referidas a los ejercicios anteriores y aprobadas en las respectivas Juntas celebradas al efecto, sin que conste hubiesen sido impugnadas.

44 Audiencia Provincial de Islas Baleares de 9 de junio de 2011: "El argumento que pretenden esgrimir los recurrentes es que nos enfrentamos a una sociedad anónima y que, como tal, se trata de una persona jurídica cuyo funcionamiento queda bajo la égida de la jurisdicción civil. Pero ese razonamiento queda ayuno de fundamento si se tiene en cuenta un conjunto de normas que, enlazadas, determinan la naturaleza administrativa de esta materia que determina su sumisión a la jurisdicción contenciosa. En efecto, el artículo 85 ter, 1 de la Ley de Bases de Régimen Local deja en manos de los estatutos de la sociedad creada "la forma de designación y el funcionamiento de la junta general y del consejo de administración, así como los máximos órganos de dirección de la misma"; el artículo 10.1 de los estatutos de Emaya, al referirse a la convocatoria y funcionamiento de la junta general de la sociedad declara que "se rige por las normas establecidas legal o reglamentariamente para el Pleno del Ayuntamiento de Palma"; mientras que el artículo 92.1 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales acaba cerrando el círculo cuando establece que "el funcionamiento de la corporación constituida en junta general de la empresa se acomodará en cuanto al procedimiento y a la adopción de acuerdos a los preceptos de la ley y reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales", cuestiones que quedan excluidas de la remisión que, con carácter general, hace a la ley de sociedades anónimas "en las restantes cuestiones sociales". Como acertadamente señala el Auto recurrido, se trata de una sociedad de naturaleza mixta en la que se dejan en manos del derecho administrativo diferentes materias, como son el funcionamiento de sus órganos y por ello las sesiones de la junta general no se rigen por las normas privadas sino por las administrativas, como demuestra el hecho de que los acuerdos que en ellas se adoptan sólo pueden ser impugnados en vía administrativa y no ante la jurisdicción civil [...].

Un segundo aspecto que determina la imposibilidad de acoger el recurso de los apelantes es que, aunque la jurisdicción civil pudiera ser competente, como mera hipótesis de trabajo, resultaría que quienes solicitan la convocatoria de la junta general de Emaya carecen de legitimación para hacerlo. En este sentido debe recordarse que la norma teóricamente aplicable, el artículo 101 de la Ley de Sociedad Anónimas, exige que se solicite por un número de socios que sean titulares, al menos, de un cinco por ciento del capital social. Resulta que Emaya es una sociedad anónima unipersonal, siendo que el 100% del capital social es titularidad del Ayuntamiento de Palma de Mallorca. Por tanto, los concejales no son titulares de las acciones y carecen de legitimación para solicitar la convocatoria de la junta general. Como se ha señalado certeramente, para formar la voluntad de ese ente público y socio único, el Pleno del Ayuntamiento se constituye en junta general, que es el órgano supremo de la sociedad, pero sin que pueda identificarse con la junta de una sociedad anónima mercantil en la que participa del capital social un número múltiple de accionistas.

En virtud de cuanto antecede, procede la desestimación del recurso de apelación y la confirmación del Auto recurrido, haciendo suyos la Sala los argumentos que desgrana la juez a quo en la resolución apelada.

45 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

actividad de una Administración por los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente. Esta posibilidad de excepción legal es la que utiliza la LBRL.

La interpretación de este precepto, que en principio parecía limitar la legitimación para recurrir a los concejales a los acuerdos de los órganos colegiados de los que formasen parte, dio un vuelco con las Sentencias del Tribunal Constitucional 173/2004[46] y 210/2009 cuyo criterio ha adoptado el Tribunal Supremo[47].

Artículo 20

No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública:

a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente.

b) Los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella.

c) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración.

46 Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia 173/2004 de 18 Oct. 2004, rec. 2909/2002:

"Sentado lo anterior, es necesario tener en cuenta que, al lado de esa legitimación --que en definitiva es la general para poder acceder al recurso o proceso contencioso-administrativo según el art. 19.1 a) de la vigente LJCA--, existe una legitimación *ex lege*, que conviene concretamente, por razón del mandato representativo recibido de sus electores, a los miembros electivos de las correspondientes corporaciones locales para poder impugnar los actos o actuaciones de éstas que contradigan el Ordenamiento jurídico. No se trata de una legitimación basada en un interés abstracto en la legalidad, sino de una legitimación directamente derivada de la condición de representante popular que ostentan, en cuanto ahora importa, los concejales de un Ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto --incluso puede hablarse de una obligación-- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 de la mencionada Ley reguladora de las bases del régimen local.

Esta otra fuente o modalidad de título legitimador, independiente del derivado del régimen general --y por tanto no sujeto a la existencia de un interés caracterizado como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de la que resulta para aquél una ventaja o utilidad jurídica en sentido amplio, conforme antes se destacó en el fundamento 3, apartado a)--, encaja claramente en una interpretación conjunta de los arts. 20 a) LJCA y 63.1 b) LBRL.

En efecto. El primero de los preceptos apuntados, después de disponer que «no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública... los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados», salvo de inmediato el caso de que «una ley lo autorice expresamente». Esta Ley, en cuanto ahora interesa, sería, precisamente, el meritado art. 63.1 b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, desarrollado en el art. 209.2 del Real Decreto 2568/1986 que aprobó el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, que, de modo significativo, comienza estableciendo: junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo (y por tanto con separación de sus requisitos, fase de la caracterización del interés como relación entre sujeto y objeto de la pretensión) «podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del Ordenamiento jurídico... los miembros de las corporaciones que hubieran votado en contra de tales actos y acuerdos».

La interpretación del precepto acabado de transcribir no puede quedarse en el restrictivo sentido de que sólo, en cuanto aquí importa, los concejales que hubieran integrado uno de los órganos colegiados del municipio (Ayuntamiento y Comisión de Gobierno, allí donde exista) y hubieran votado en contra del acuerdo adoptado por aquéllos estarían legitimados para impugnarlo en vía contencioso-administrativa, como si de un aislado --y hasta podría decirse que insólito-- título legitimador se tratara. Por el contrario, esta excepción, que responde al obligado interés del concejal disidente en el correcto y ajustado a Derecho funcionamiento de la corporación local a que pertenece (porque ya se ha dicho que se trata de un título legitimador distinto del derivado del «interés legítimo» que caracteriza la legitimación general --la del art. 19.1.a LJCA)--, ha de presuponer lógicamente el prius de la legitimación del concejal o representante popular de una entidad local para impugnar jurisdiccionalmente las actuaciones contrarias a Ordenamiento en que hubiera podido incurrir su corporación, de la que la excepción legal --la del art. 63.1.b LRBRL sería una consecuente aplicación.

No tendría sentido admitir la legitimación de ese miembro de una corporación local, únicamente, cuando hubiera concurrido en sentido disidente a la formación de la voluntad de un órgano colegiado, para negársela a quien no hubiera formado parte del órgano por causas ajenas a su voluntad, o incluso por deliberado apartamiento de los representantes mayoritarios, y más aún cuando es idéntico, en uno y otro caso, el «interés en el correcto funcionamiento de la corporación» que subyace en el título legitimador que ahora se examina.

Por consiguiente, el precepto analizado --el tan repetido art. 63.1.b LBRL-- parte, por elementalógica, de un principio de legitimación de los miembros representantes populares de las corporaciones locales, que luego resulta matizado en el caso de que los actos propios de dicho representante durante el proceso de formación de voluntad del órgano que dictó el acto de que se trate contradigan palmariamente la posterior actividad impugnatoria, cosa que se produciría cuando no se hubiera puesto objeción alguna al acuerdo o cuando, incluso, se hubiera votado a favor de su adopción.

La especificación a que acaba de hacerse referencia no puede interpretarse, desde una perspectiva constitucional y en presencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de derechos e intereses legítimos --art. 24.1 CE --, en el sentido de que si la Ley únicamente alude a los miembros de un órgano colegiado para hacer posible la impugnación de los actos en cuya adopción hayan intervenido, es que ésta resulta vedada para los demás. Más bien lo lógico es entender lo contrario: que el concejal, por su condición de miembro --no de órgano-- del Ayuntamiento, que es, a su vez, el órgano de gobierno y administración del municipio y para el que es elegido «mediante sufragio universal, libre, directo y secreto» de los vecinos (art. 19.2 LBRL en relación con los arts. 176 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general), está legitimado para impugnar la actuación de la corporación local a que pertenece, por el interés concreto que ostenta en el correcto funcionamiento de dicha corporación en virtud de su mandato representativo, a no ser que, tratándose del acto de un órgano colegiado, no hubiera votado en contra de su aprobación".

47 Sentencias de 23 de octubre de 2009 y 10 de mayo de 2012. Incluso ampliando su ámbito de aplicación, Sentencia de 20 May. 2013

Conforme a la interpretación del TC, la legitimación activa de los concejales como representantes populares, por su interés en controlar el correcto funcionamiento de la entidad local, alcanza dentro del ámbito administrativo a todos los actos de la Corporación local.

Tan solo se exceptúan los adoptados por los órganos colegiados de los que los corporativos formen parte y siempre que hayan votado a favor de los mismos o se abstengan, es decir, cuando no hayan manifestado su oposición a los mismos en vía administrativa en el momento en que tuvieron oportunidad de hacerlo.

Resulta cierto, como hace el magistrado Vicente Conde Martín de las Hijas en su voto particular a la STC 173/2004, que la argumentación del Tribunal resulta un tanto artificiosa. Parece más sencillo entender que en el interés legítimo al que se hace referencia en la LJCA[48] se incluye el que ostentan los concejales en relación al adecuado funcionamiento a la legalidad de la Corporación. Pero el TC no lo ha interpretado así sino que lo que ha hecho es dotar a los concejales de una legitimación cuasi general que no se fundamenta en ser titulares de un interés legítimo si no en una excepción legal amparada por la LJCA y recogida en la LBRL.

En relación con los acuerdos de las sociedades mercantiles municipales que sean objeto de control de la jurisdicción contenciosa la legitimación de los concejales no plantea problema alguno. Según nuestro parecer y conforme a la interpretación jurisprudencial, debemos considerar legitimados a los concejales para la impugnación de dichos acuerdos societarios. La argumentación del TC y el contenido de los preceptos analizados no se limitan a los actos emanados de las Administraciones Públicas sino que alcanza a todos los actos de los entes u organismos dependientes de la Administración local. La condición impuesta es que los concejales que pretendan recurrir, de haber podido por estar integrados en los órganos decisorios, se hubieran opuesto a los acuerdos.

El problema se plantea con aquellos acuerdos societarios que quedan sometidos al control de la jurisdicción civil o social. Si los concejales no son titulares de intereses legítimos y directos van a carecer de legitimación activa. En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Las Palmas de 7 de marzo de 2008[49] que señala la falta de legitimación de los concejales para impugnar ante la jurisdicción civil las decisiones de una sociedad mercantil de capital íntegramente municipal puesto que ni son socios, ni administradores ni terceros que ostenten un interés legítimo directo y personal no siendo suficiente el mero interés en la defensa de la legalidad.

Específicamente la normativa de sociedades admite que terceros titulares de intereses legítimos puedan impugnar los acuerdos nulos de la junta general. Pero los tribunales vienen entendiendo que los concejales no son titulares de esos intereses en los términos de la normativa societaria negándoles su legitimación activa. Además, en ningún caso, podrían impugnar ni los acuerdos meramente anulables de la junta general ni los acuerdos del consejo de administración o de la gerencia si los mismos se someten al Derecho privado.

---

48 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Artículo 19

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo

49 Audiencia Provincial de Las Palmas. Sentencia de 7 de marzo de 2008: "La segunda cuestión es si los Concejales tienen legitimación activa para impugnar los acuerdos de la Junta General

El art. 117.1LSA (establece que están legitimados para impugnar los acuerdos nulos todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo. Los Concejales no son accionistas pues el carácter de socio (art. 48 LSA) es atribuido en exclusiva a favor del Ayuntamiento de Teror, y no de los Concejales que lo integran (STS 1ª, de 5 de diciembre de 1990), en palabras de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife, de 18 de julio de 1997, Pte, Moscoso Torres, citada por la recurrente en su bien fundado recurso de apelación, "no cabe asimilar una sociedad mercantil aunque sea de capital exclusivamente público y constituida para la gestión directa de un servicio público, a los órganos administrativos que componen el Ayuntamiento, ni desde luego, cabe equiparar a los Concejales a los accionistas de una sociedad, y ello aunque aquellos formen parte de la Junta General como miembros de la Corporación, pues en las sociedades públicas municipales el accionista es la entidad local correspondiente y no los Concejales.

El socio legitimado para impugnar los acuerdos es el Ayuntamiento, y no se puede confundir la sociedad mercantil unipersonal con el socio Corporación municipal, pues tienen personalidad jurídica propia e independiente. Los Concejales es obvio que no son accionistas y por tanto socios, ni por otra parte los Concejales demandantes son administradores de la sociedad demandada. La legitimación activa también corresponde al administrador (art. 117 LSA) y éste no requiere que tenga la condición de socio, pero los apelados no forman parte del Consejo de Administración de la sociedad municipal apelante.

También estaría legitimado activamente para impugnar los acuerdos de la Junta cualquier tercero que acredite interés legítimo como los acreedores sociales, el nudo propietario, el usufructuario, los obligacionistas, el acreedor pignoraticio o aquellas personas que puedan sufrir algún daño o perjuicio, personal o patrimonial, por consecuencia del acto impugnado, pero el daño o el interés impetrado por los actores para accionar es de carácter público, el interés general y no el privado o particular debiendo el primero buscar amparo en el ámbito del derecho administrativo a través de las acciones edilicias de índole corporativa municipal y ante jurisdicción de esta índole. Y careciendo los actores apelados de legitimación activa para impugnar los acuerdos de la Junta general de la sociedad apelante se hace ocioso resolver sobre los restantes motivos de apelación de la sentencia de primera instancia".

A nuestro parecer resulta rechazable esta denegación de legitimación activa en tanto las sociedades mercantiles son entes instrumentales dependientes de las entidades locales con la que la imposibilidad de recurrir sus acuerdos cuando se entiendan contrarios al ordenamiento supone un vaciamiento de la capacidad de control de los concejales.

A esta capacidad propia de los concejales se refiere el TC como "condición de representante popular que ostentan los concejales de un ayuntamiento y que se traduce en un interés concreto --incluso puede hablarse de una obligación-- de controlar su correcto funcionamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal". Si dejamos fuera la legitimación el orden civil los concejales no pueden impugnar numerosos actos de gestión de los servicios públicos locales que incluso pueden estar prestándose en régimen de monopolio[50].

Parece conveniente promover una interpretación amplia de las normas procesales en relación a la condición de interés legítimo en este ámbito para que alcance a los concejales con la finalidad de dar cumplimiento al reconocimiento constitucional de la tutela judicial efectiva. Una interpretación estricta del concepto de interés legítimo, vinculado a la obtención inmediata de un beneficio directo y cierto en caso de estimarse la petición, conlleva en todo caso la denegación de la legitimación de los concejales.

En el ámbito social igualmente se exige como requisito de la legitimación activa la tenencia de un interés legítimo o de un derecho subjetivo[51]. Concretamente el Tribunal Supremo[52] ha distinguido tres niveles de legitimación en relación con el objeto del proceso:

- Uno primero consistente en un interés genérico y abstracto en preservar la aplicación del derecho en un determinado sentido, pero sin que ello influya en la esfera de intereses propios de quien lo ejercita, que queda fuera del ámbito de la legitimación pues nadie, ni tampoco un sindicato, puede comparecer en un proceso como un guardián abstracto de la legalidad.
- Un segundo nivel calificado por el interés en defender un derecho que sí atañe de forma directa al ámbito de actuación de la persona física o jurídica que actúa, puesto que la solución que se dé al pleito afecta a la esfera de derechos que le son propios, en cuyo caso estamos ante la defensa de un interés legítimo y por ello legitimador.
- Un tercer nivel, que es el propio de la legitimación en su sentido tradicional que es el que manifiesta quien se atribuye la condición de titular del derecho subjetivo que se halla discutido en el pleito".

En atención a estos criterios la normativa laboral reconoce específicamente legitimación a sindicatos y asociaciones empresariales para determinadas impugnaciones pero no así a favor de los concejales.

---

50 Vgr. La licitación de un contrato de obras por una sociedad mercantil de capital municipal que se encarga de la gestión del servicio de basuras por importe de cuatro millones de euros no podría ser impugnada por los concejales.

51 Ley 36/2001 de 10 de octubre de la Jurisdicción Social

Artículo 17 Legitimación

1. Los titulares de un derecho subjetivo o un interés legítimo podrán ejercitar acciones ante los órganos jurisdiccionales del orden social, en los términos establecidos en las leyes.

2. Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales tendrán legitimación para la defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios.

Los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate; podrán igualmente personarse y ser tenidos por parte en dichos procesos, sin que tal intervención haga detener o retroceder el curso de las actuaciones.

En especial, en los términos establecidos en esta Ley, podrán actuar, a través del proceso de conflicto colectivo, en defensa de los derechos e intereses de una pluralidad de trabajadores indeterminada o de difícil determinación; y, en particular, por tal cauce podrán actuar en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social

En el proceso de ejecución se considerarán intereses colectivos los tendentes a la conservación de la empresa y a la defensa de los puestos de trabajo.

3. Las organizaciones de trabajadores autónomos tendrán legitimación para la defensa de los acuerdos de interés profesional por ellas firmados.

4. El Ministerio Fiscal estará legitimado para intervenir en todos aquellos supuestos previstos en la presente Ley.

5. Contra las resoluciones que les afecten desfavorablemente las partes podrán interponer los recursos establecidos en esta Ley por haber visto desestimadas cualquiera de sus pretensiones o excepciones, por resultar de ellas directamente gravamen o perjuicio, para revisar errores de hecho o prevenir los eventuales efectos del recurso de la parte contraria o por la posible eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre otros procesos ulteriores.

52 Tribunal Supremo. Sentencia de 28 de octubre de 2004.

De esta forma frente a cuestiones con evidente trascendencia pública como puede ser la selección de personal laboral de una sociedad mercantil pública que se somete a los principios contenidos en el EBEP o la aprobación de un convenio colectivo de una sociedad[53] cuya impugnación debe realizarse ante la jurisdicción social los concejales van a encontrarse con la inadmisión de su reclamación por falta de legitimación activa.

Es cierto que los miembros de las corporaciones locales no pueden actuar como guardianes abstractos de la legalidad. Pero su condición de representantes democráticamente elegidos los sitúa, como ha manifestado el TC, en una posición singular y no como meros garantes de la legalidad sino como titulares de un interés concreto de controlar su correcto funcionamiento como garantía para satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

No obstante no resulta menos cierto que la interpretación constitucional se limita al ámbito administrativo reconociéndoseles la legitimación por la vía de la excepción legal de la LBRL y no como titulares de un interés legítimo. Teniendo en cuenta que no existen pronunciamientos judiciales en ámbitos distintos al administrativo que reconozcan su legitimación la realidad es que los concejales no van a poder acudir a los tribunales civiles y sociales para impugnar las decisiones de las sociedades mercantiles de capital municipal.

Nuestra postura, en base a la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, es contraria a esta conclusión. Debe considerarse legitimados a los concejales para recurrir los actos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca de forma íntegra a la Corporación de la que forman parte. En caso contrario la mera elección de una forma de gestión de un servicio público supone que determinados actos de estas sociedades no puedan ser recurridos por los corporativos. Se cercena así su deber de control del funcionamiento municipal que resulta independiente de la rama de derecho por la que se rijan dichos actos.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Almonacid Lamelas, Víctor (coord.), *Entidades públicas y privadas vinculadas a la Administración local*, 1ª ed., Barcelona, Editorial Bosch. 2008.

Ballesteros Fernández, Ángel y Ballesteros Fernández, Manuel; *Manual de gestión de servicios públicos locales*, 1ª ed., Editorial La Ley, Madrid, 2005.

Carbonell Porras, Eloísa. "El municipio como socio único de sociedades mercantiles: naturaleza y control de las decisiones del Pleno". *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 120, 2003. Madrid, Editorial Civitas. Págs. 539-565

Carbonero Gallardo, José Miguel, coord., *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*, 1ª ed., Madrid, Editorial La Ley, 2010.

Carro Fernández-Valmayor, José Luis, "La cláusula general del competencia municipal" *Anuario del Gobierno Local*, Nº. 1, 1999-2000, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local. Págs. 37-60.

Fernández Farreres, Germán. "El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía" *Justicia Administrativa* nº 18, 2003, Madrid, Editorial Thomson-Reuters. Págs. 7-21

Fernandez Rodríguez, Tomás Ramón. "Empresa pública y servicio público: el final de una época", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 89, 1996, Madrid, Editorial Civitas. Págs.37-48.

Fuentetaja Pastor, Jesús Ángel y Fernández Rodríguez, Carmen (coords.), *Manual de Derecho Local*, 1ª ed., Madrid, Editorial Iustel, 2010, (2ª ed. 2012).

García de Enterría, Eduardo, "La actividad industrial y mercantil de los municipios españoles", *Revista de Administración Pública*, número 17, Mayo/Agosto 1955, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

53 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

Artículo 165 Legitimación

1. La legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto colectivo corresponde:

a) Si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las Comunidades Autónomas su respectivo ámbito. A los efectos de impugnar las cláusulas que pudieran contener discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, están también legitimados el Instituto de la Mujer y los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas.

b) Si el motivo de la impugnación fuera la lesividad, a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado. No se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 1ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 1974 (11ª ed., 2002).

García Rubio, Fernando, *La organización administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales*, 1ª ed., Editorial La Ley, Madrid, 2011.

González-Varas Ibáñez, Santiago. "Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, (REALA)*, nº 274-275, 1997, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 361-400

Martí Sánchez, Jesús Nicolás, "Naturaleza e impugnación de los acuerdos de la Junta General de las Sociedades Anónimas Municipales" . *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 75, 1992, Madrid, Editorial Civitas. Págs.449-465

Martín Mateo, Martín. "Los servicios locales: Especial referencia a la prestación bajo fórmulas societarias" *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, (REALA)*. Nº 255-256, 1992, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs.457-480.

Mozo Amo, Jesús, "Legitimación de los miembros de las Corporaciones Locales para impugnar los actos y acuerdos procedentes de aquellas entidades de las que forman parte", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, Nº 3, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 27 Feb. 2008, Editorial La Ley. Págs. 381 y ss.

Lago Núñez, Guillermo "El acceso a la información en las entidades locales" en VVAA *Procedimiento Administrativo Local*, Castro Abella, Fernando, González i Ballesteros, Josep y Muñoz Amor, María del Mar (coord.), 1ª ed., Editorial La Ley, Madrid, 2010.

Parejo Alfonso, Luciano

- *Garantía Institucional y Autonomías Locales.* 1ª ed. Instituto de Estudios de la Administración Local. Madrid, 1981.
- "El municipio y su autonomía", *Revista de Estudios de la Administración Local*, nº 288, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas: Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 133-150.
- "Una visión sobre el gobierno local" *Anuario del Gobierno Local* Nº. 1, 2004, Barcelona, Fundación Democracia y Gobierno Local. Págs. 55-96

Sarasola Gorriti, Silvia. "En torno a la reserva de servicios esenciales en la legislación local básica". *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Nº 52, 1998. Gobierno Vasco: Instituto Vasco de Administración Pública Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea. Págs. 217-264

Sosa Wagner, Francisco

- *La gestión de los servicios públicos locales*, 1ª ed., Cizur Menor (Navarra) Editorial Aranzadi, 1999. (7ª ed., 2008).
- "La Autonomía Local". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, (REALA)* Nº 239, 1989, 2009, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 1351-1362.
- "La Autonomía Local (II)". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, (REALA)* Nº 240, 1989. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 1623-1636
- "La Autonomía Local (III)". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, (REALA)* Nº 241, 1989 , Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 9-30.
- "Impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones Locales". *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, (REALA),* Nº 255-256, 1992, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Págs. 481-500.

reALA NUEVA ÉPOCA

REALA, nº 2, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975

DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10188

Gobernanza y desarrollo sostenible de ciudades híbridas-complejas

Mercedes Ferrer y Arroyo
Investigadora y Profesora Titular. Instituto de Investigaciones. Facultad de Arquitectura y Diseño. Universidad del Zulia
ferrer.mercedes@gmail.com

José Fariña Tojo
Catedrático de Universidad. Departamento de Urbanística y Ordenación del Territorio (DUyOT). Escuela Técnica Superior de Arquitectura. ETSAM-UPM
jose.farina@upm.es

Ramón Reyes
Investigador y Profesor Titular. Instituto de Investigaciones. Facultad de Arquitectura y Diseño. Universidad del Zulia
rareyesar@yahoo.es

Resumen

Se presenta metodología y resultados de investigación que evaluó, desde la gobernanza multinivel, la sostenibilidad de las formas de hacer ciudad hibrida-compleja o praxis urbana de gobierno de la gestión visible (GGV). La estrategia de evaluación [EEG+i] transversal y multidimensional se desarrolló desde la complejidad en cuatro fases: F1: gobernanza en la dramática del siglo xxi; F2: nueva arquitectura conceptual, la genética territorial; F3: caracterización onto-morfogenética de la ciudad-genoma hibrido y diseño-aplicación de instrumentos, modelos e indicadores de gobernanza; F4: resultados relación análisis morfogenético y opinión expertos/delphi. Concluye comprobando la correlación entre el modelo sociopolítico en curso, contrario al modelo de gobernanza constitucional-Estado federal descentralizado, las perspectivas de desarrollo globales 2012 y se expresa socio políticamente en ausencia de Estado de derecho-justicia, gobernanza y espacio-localmente, en la disolución centralizada del gobierno local y la ciudad/genoma híbrido. La relación entre gobernanza, formas de hacer/producir ciudad -genoma formal tiende a ser positiva y entre gobernanza, formas de hacer/producir ciudad-genoma informal negativa por su carácter autopoiético; la confrontación entre flujos de poder centrífugos-centrípetos (centralización-descentralización) y, la ausencia de gobernanza/cohesión social, incrementa la segregación socio-espacial y política y la precariedad de vida ciudadana, aumentando protestas e ingobernabilidad que impide superar pobreza y el desarrollo sostenible.

Palabras clave
Evaluación de gobernanza (EEG+i), opinión de expertos-delphi, formas de hacer ciudad, genética territorial, gobierno de la gestión visible (GGV), modelo de gobernanza constitucional y municipal.

Gobernance and Sustainable Development of Hibrid-complex Cities

Abstract

Presents a research, methodology and results, that evaluate the sustainability of the ways of making hybrid-complex city or urban praxis of the visible management government (VMG), from multilevel governance. The evaluation strategy [GEE + i] transversal and multidimensional develops from complexity in 4 phases. F1: Governance in the dramatic of the twenty-first century; F2: new conceptual architecture, territorial genetics; F3: onto-morphogenetic characterization of the hybrid city-genome, design and application of tools, models and governance indicators; F4: results, relation between morphogenetic analysis and experts' opinion/delphi. Concludes proving the correlation between the current sociopolitical model, opposed to the constitutional governance model and federal decentralized State, the global economic perspectives and expresses in the absence of rule of law/justice and governance and space-locally in the centralized dissolution of the local government and hybrid city genome. The relationship between governance, formal ways of making/producing the hybrid city-genome tends to be positive and, between governance, informal ways of making/producing the hybrid city-genome negative due to its autopoietic character; centrifugal and centripetal flows of power confrontation, centralization-decentralization, and absence of governance/social cohesion, deepens spatial and socio-political segregation and civic life precariousness, increasing protests and ingovernability which prevents/hinders to overcome poverty and sustainable development.

Keywords
constitutional and municipal governance model, governance assessment [GEE+i], experts opinion-delphi, territorial genetics, visible management government, ways of making city.

INTRODUCCION: GOBERNANDO TERRITORIOS HÍBRIDOS DISPERSOS - COMPLEJOS

El artículo presenta la estrategia metodológica y resultados de la investigación "Gobernanza, complejidad y sostenibilidad urbana"[1], cuyo objetivo era evaluar utilizando indicadores de gobernanza urbana (IGU), la sostenibilidad de las dinámicas de producción y gestión de la ciudad que caracteriza la praxis urbana del gobierno de la gestión visible (GGV). Se argumenta que el GGV hace ciudad para legitimarse por desempeño y fortalecer la gobernanza local, en un contexto de mutaciones múltiples y radicales, sociopolíticas y territoriales, que tienden a diluir y centralizar el poder local y fractalizar la ciudad en pequeños y desarticulados fragmentos y gobiernos subcales, que profundizan la segregación socio-espacial y política y, la ingobernabilidad genética de la ciudad híbrida, poniendo en riesgo el modelo de Estado federal y descentralizado, el derecho a la ciudad, al municipio y la gobernanza-sostenibilidad urbana y multinivel.

En el proceso de indagación de la relación entre las formas de hacer ciudad (variables espaciales) y la gobernanza urbana (variable a-espacial), se ponen en cuestión conceptos, se formulan escenarios, constructos y modelos e indicadores de gobernanza específicos. Se caracteriza y explica en profundidad la transversalidad y multidimensionalidad del proceso de hacer ciudad híbrida de los países en desarrollo desde una nueva aproximación analítica conceptual, la genética territorial y, se construyen constructos con el fin de "constituir una red conceptual para aprehender la realidad" (Ferrater 2001: 2626).

La investigación se enmarca en el pensamiento complejo y reflexivo necesario para relacionar conocimientos separados, contextualizar la información e integrarla en un conjunto que le dé sentido, reconociendo la "unitas multiplex o, unidad en la multiplicidad" (Morín 2011) y, considerando que "el problema crucial de nuestro tiempo es la necesidad de un pensamiento capaz de recoger el desafío de la complejidad de lo real, es decir, de captar las relaciones, interacciones e implicaciones mutuas y los fenómenos multidimensionales" (Morín 2011: 141). Este nuevo escenario del "pensar transdisciplinar, intradisciplinar y complejo, crea y recrea espacios de relaciones "entre" objetos de la realidad [urbana] donde se teje y entreteje la trama y la retícula sobre la que se articulan" (Márquez, 2007).

La investigación es analítico-reflexiva y prospectiva - evaluativa. Siguiendo a Ferrater (Ibíd.) podría preguntarse si califica como "investigación ontológica porque está compuesta primariamente de análisis conceptual, crítica y propuesta o elaboración de marcos conceptuales, relativa a los modos más generales de entender el mundo". Pretende llenar vacíos teórico prácticos puesto que, "la perspectiva integral, multinivel y contextualista de la investigación sobre gobernanza es muy rara en la literatura" (Lynn *et al.* 2002) y, contribuir al planteamiento de estrategias para avanzar en la construcción de gobernanza en las ciudades híbridas de países en desarrollo.

El estudio de la ciudad y su gobierno, contextualizado y desde una perspectiva sostenible o, "verdad contextualizada, historizada y multicriterio" (Espina 2007), constituye una prioridad en Latinoamérica y en Venezuela (países en desarrollo), debido a la ausencia de estudios que interconecten los procesos morfogenéticos de hacer ciudad con las condiciones de sostenibilidad urbana y la calidad del gobierno local, que son necesarios para formular políticas dirigidas a mejorar la calidad de vida urbana. En este sentido, la noción de urbanización sostenible desempeña un papel cada vez más importante en el logro de objetivos de gobernanza global y particularmente en conexión con los Objetivos de Desarrollo del Milenio (PNUD 2000).

La ciudad venezolana y latinoamericana (países en desarrollo) se analiza y caracteriza considerando su complejidad genética y sociocultural, que pone en cuestión su caracterización dual y se conceptualiza como ciudad híbrida dispersa, mezcla de fragmentos con genes tipológicos heterogéneos, formales e informales y múltiples "entres", que coexisten, se yuxtaponen y entretejen desde el espacio público, en un continuo espacio-temporal redefinido en mutación y expansión permanente (Ferrer et al. 2007, 2009 y 2011). Estas formas de hacer ciudad híbrida compleja, revelan las características socioculturales y el pensamiento, ser, estar y habitar-vivir del americano y venezolano, son portadoras de valores y mundos-proyectos de vida en competencia, que se expresan en el territorio e, inciden en la gobernanza urbana (ontogenética del territorio).

Se asume la gobernanza como "arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía" (RAE 2001) y, el factor más importante para erradicar la pobreza

1 Investigación adscrita a la Línea y Programa de Investigación: 'Mutaciones Territoriales Múltiples, Ciudad y Sostenibilidad' del Posdoctorado en Ciencias Humanas e Instituto de Investigaciones de la FAD-LUZ, subvencionada por el Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico de la Universidad del Zulia (CONDES-LUZ). Tesis Doctoral aprobada en la ETSII-UPM el 2-07-2012 (España).

y promover desarrollo sostenible (Annan en Whittingham 2002; Kaufmann *et al.* 2010). Estos tres aspectos, gobernanza, superación de la pobreza y desarrollo, al entretejerse en el territorio adquieren importancia crítica, especialmente en países en desarrollo como Venezuela y, cuando se afirma que las formas de gobernanza son fundamentales para promover y garantizar el desarrollo sostenible (Farinós 2008; International Institute for Sustainable Development-IISD 2010).

La gobernanza para el desarrollo sostenible se ha convertido en el instrumento en el que se entretejen los intereses para lograr una gestión más efectiva del gobierno de las ciudades, a través de la gestión de políticas de desarrollo territorial, con la participación cooperativa pluriactoral que garantiza la interacción sociopolítica entre el gobierno, la sociedad civil y el mercado (Kooiman 2009) y, el desarrollo sostenible, que emerge como campo privilegiado para la aplicación de nuevas formas de gobernanza (Farinós 2008). La complejidad y dinamismo de las ciudades, la multipolicidad, conectividad e interdependencia interactoral e interterritorial, potenciada por las tecnologías de comunicación y geográficas y, la gestión democrática multirrelacional que confluyen en el gobierno en red, son clave para explicar la gobernanza (Centelles 2006; Farinós 2008; Castells 2010).

El caso de estudio es el gobierno de la gestión visible —GGV— del municipio Maracaibo, ciudad puerto y capital del estado Zulia con aproximadamente 1,5 millones de habitantes, ubicada en el extremo occidental de Venezuela y del Lago homónimo. Conforma con el municipio San Francisco la ciudad de Maracaibo, conjunto urbano que se conceptualiza como Archipiélago Metropolitano Maracaibo (AMM) (Teran en Arraiz 2001; Ferrer *et al*. 2005).

Enmarcado en las consideraciones anteriores, el artículo se estructura en cinco secciones. En la primera se describe el contexto caracterizado como dramática del siglo XXI; en la segunda, se conceptualiza la ciudad hibrida dispersa y diluida y el gobierno de la gestión visible (GGV), en la tercera, se describe la estrategia metodológica y los modelos de gobernanza constitucional y del gobierno de la gestión visible (GGV); en la cuarta, las formas de hacer ciudad del GGV y, en la quinta, las conclusiones y recomendaciones en clave de estrategias de gobernanza multinivel

1. MIRADA AL PAISAJE DE GOBERNANZA [SITUADA] EN LA DRAMÁTICA DEL SIGLO XXI

La realidad glocal contemporánea se caracteriza por la convergencia de crisis múltiples, simultáneas e interconectadas: financiera-inmobiliaria, energética, climático-ambiental, cognoscitiva (Morin 2011), déficit de gobernanza/valores y principios democráticos en varias regiones del mundo: Primavera del Medio Oriente, norte de África y Latinoamérica, que afecta prácticamente a todo ser vivo del planeta y, por la emergencia de una "nueva economía poscarbono-verde" (Rifkin 2009; Heinberg y Lerch 2010; Giddens 2010; Morin 2011). Para Rifkin (Ibíd.: 517),

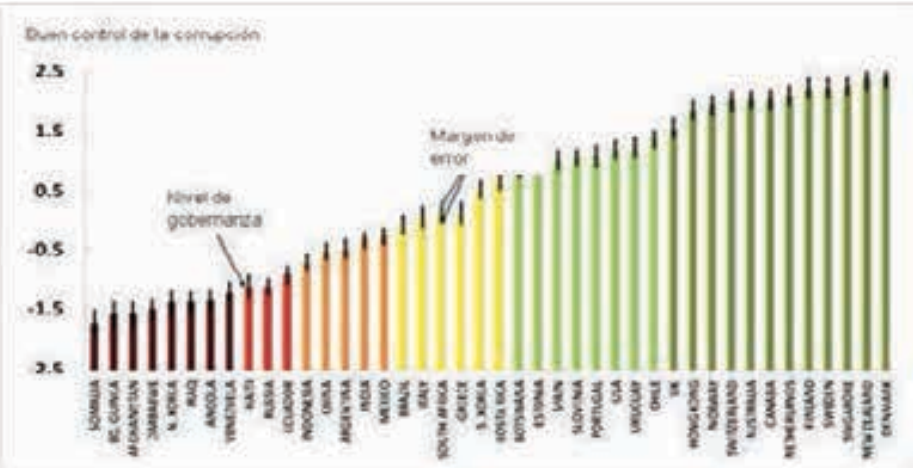
> *La convergencia de la crisis crediticia global, la crisis energética y los impactos en "tiempo real" del cambio climático han llevado a la economía global al borde del colapso. Petróleo, carbón y gas natural proporcionarán una porción decreciente de la energía mundial en el siglo XXI. Para la mayoría de los observadores ha quedado claro que nos aproximamos al fin de la era de los combustibles fósiles. Mirando al futuro, cada gobierno debe explorar nuevos caminos energéticos y establecer nuevos modelos económicos con el objetivo llegar, lo más cerca posible, a cero emisiones de carbono.*

En esta segunda década del siglo XXI, que es un milenio urbano y de las ciudades (UN-Hábitat 2003; Carta 2007), el mundo global enfrenta una encrucijada critica caracterizada por diferentes expertos como "el emergente periodo dramático del siglo XXI" (Rifkin 2009: 1), "crisis de sostenibilidad interconectada" (Lerch en Heinberg y Lerch 2010: xxii), "crisis planetaria o policrisis" (Morin 2011), cambio de época o, transición y de recuperación lenta sin empleo, que pone en riesgo y obstaculiza la gobernanza y la sostenibilidad del mundo de las ciudades (Blanco y Gomà 2006; Borja 2011; ECLAC[2] 2010).

2 The Economic Commission for Latin America and the Caribbean –ECLAC.

Según Lerch (en Heinberg y Lerch 2010), vivimos hoy un momento crítico en el "largo arco de la historia de la humanidad", cuando numerosas crisis no sob convergen en el tiempo y son simultáneas, sino que también son interdependientes y afectan prácticamente a todo ser vivo del pla neta, vivimos una "crisis interconectada de sostenibil dad". La crisis resul a según Kaufmann et al (2010) del mal desempeño en gobernanza de una mayoría de países y se expresa en la acumula ción de déficits en b s indicadores de gobernanza mundial durante el periodo 1998-2012 (Figura 1).

FIGURA 1. CONTROL DE LA CORRUPCIÓN INDICADORES DE GOBERNANZA MUNDIAL-PAÍSES SELECCIONADOS (2009)



Fuente: Kaufmann, Kraay y Mastruzzi (2010).

Estos déficits de gobernanza, según Kaufmann et al (2010), han generado inestabil dad económico- financiera y sociopolítica gb bal, protestas ciudadanas y ruptura de la cohesión social por la apl cación de ajustes económicos en la Unión Europea o, por déficit democrático en el norte de África, Medio Oriente y Latinoamérica (2014), entre otros. Para Rifkin (2009: 518) la crisis marca el fin de la segunda revolución industrial del petróle o barato y abundante y la emergencia de la "tercera revolución industrial" ,

> *Los grandes cambios económicos en la historia ocurren cuando convergen nuevas revoluciones comunicacionales con nuevos regímenes energéticos para crear condiciones de vida totalmente nuevas. Estamos ahora en la cúspide de esta convergencia - la unión de la revolución de las tecnologías de información y comunicación (TIC) de las dos décadas pasadas y el régimen de energías renovables del siglo XXI. El uso de las TICs como mecanismo para organizar y gestionar la energía renovable, propicia una poderosa tercera revolución industrial con un efecto económico multiplicador que deberá extenderse hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XXI y más allá.*

En este contexto de transición de modeb s económicos de energía fósil a renovable , b s países que disponen de recursos naturale s y se especial zan en extracción y exportación de petróle o, parecen estar atrapados en una lógica perversa conocida como la "paradoja de la abundancia" o, "mald ición del petróle o" que tiende a concentrar la riqueza en pocas manos mientras se general za la pobreza, se consol dan mental dades rentistas y cl entela res, petropopul smo según García Banchs (2010), que debil tan la institucional dad, al entan el autoritarismo, la corrupción y el deterioro del ambiente (Giddens 2010; Morin 2011). Estos planteamientos son consistentes con la tesis de Miller (2011) sobre los regímenes híbridos según la cual b s al os precios de b s recursos naturale s abaratan el cl entel smo y disminuyen la s exigencias de buen gobierno; b señala do por Acemoglu y Robinson (2013:445) "no sorprende que el crecimiento generado por el incremento del vab r de b s recursos naturale s de naciones como Gabón, Rusia, Arabia Saudita o Venezuela , no conle ve a la transformación fundamental de estos regímenes

autoritarios hacia instituciones inclusivas" y, con las perspectivas de desarrollo global 2012 (OECD 2011)[3] que expresa la realidad socio-económica y política de esos países (Figura 2).

FIGURA 2. CRECIMIENTO RÁPIDO EN PAÍSES EN DESARROLLO

Fuente: OECD Development Centre (2011)[4].

El informe de la OECD (2011) analiza el impacto del proceso de "desplazamiento de la riqueza" en la cohesión social (clave para la gobernanza) en los países convergentes y en desarrollo, 83 en total, cuya tasa de crecimiento per cápita durante los 2000, fue el doble que la de los países de la OECD. Este proceso iniciado en 1990 y que despegó en la década de 2000 según la OECD (Ibíd.:18),

> *... ha dado lugar a una geografía completamente nueva de crecimiento impulsado por el auge económico de grandes países en desarrollo, en particular de China y la India y, a una reconfiguración de la economía mundial que está dando forma a las agendas políticas, económicas y sociales de desarrollo internacional, así como a la de los países convergentes y pobres, para los próximos años.*

El planteamiento básico del Informe es que la cohesión social es un objetivo valioso en sí mismo y contribuye a mantener el crecimiento económico a largo plazo y, por el contrario, el crecimiento económico en países donde las desigualdades son grandes, la exclusión es amplia y el alcance de las voces disidentes pequeño, es difícilmente sostenible (Ibíd.). Esta argumentación es consistente con los resultados del análisis de países con buen desempeño económico entre estos, China e India. Los resultados parecen indicar que el crecimiento económico, el aumento de los recursos fiscales y las mejoras en la educación no son suficientes para crear cohesión social, se requiere adicionalmente que los gobiernos enfrenten los déficits sociales y promuevan activamente la cohesión social, para que en el largo plazo el desarrollo sea sostenible (Ibíd.). Este planteamiento coincide con la tesis desarrollada por Acemoglu y Robinson (2013: 429) según la cual "existe relación entre instituciones políticas y económicas inclusivas (estado de derecho) y prosperidad". Por otro lado, "el crecimiento bajo instituciones extractivas (regímenes autoritarios) no es sostenible en el tiempo".

Para recrear la cohesión social y transitar hacia el modelo de economía basada en energías renovables y ciudades sostenibles de bajo en carbono-verdes, se requieren cambios profundos y necesarios en la forma de percibir y gestionar el futuro de un mundo en crisis e, implica asumir que los seres humanos somos esencialmente empáticos "homo empathicus" (Rifkin 2009)[4]. En este contexto y con relación a la era poscarbono Rifkin (Ibíd.) señala que el mundo estaría enfrentando otro fenómeno "la cima de la globalización" (*peak globalization*), que se produciría al alcanzar el petróleo o la cifra de 147 $/barril. Según esta tesis, validada por otros expertos, más allá de ese precio la inflación crearía un cortafuegos empujando la economía global hacia cero crecimiento y en este sentido Rifkin (Ibíd.: 516) señala que,

> *La importancia de la cima de la globalización no puede ser subestimada [..] el supuesto subyacente de la globalización según el cual el petróleo abundante y barato permite a las compañías mover el capital a mercados de mano de obra barata donde la comida y los bienes manufacturados pueden*

3 Perspectives on Global Development 2012. Social Cohesion in a Shifting World.
4 En "The Empathic Civilization" (La civilización empática).

ser producidos a un mínimo costo y con altos márgenes de ganancia para después ser enviados al extranjero, se estaría desintegrando.

Esta "crisis planetaria" (Morín 2011) también se presenta como oportunidad para reconfigurar el paisaje económico, sociopolítico y urbano, recreando la gobernanza glocal *bottom up* -de lo local a lo global- donde puede prosperar la cohesión glocal y la sostenibilidad, en un contexto donde las ciudades del siglo XXI serán simultáneamente agentes y producto de la globalización, constituyendo el *benchmark* para medir el desarrollo de las naciones (Carta 2007). La emergencia de la nueva "economía y ciudades poscarbono-verdes", de grandes aspiraciones de gobernanza democrática en el mundo y la convergencia de numerosas propuestas para salir de la crisis como "La Vía" de Morin (2011), "La política de cambio climático" de Giddens (2010) y, la "tercera revolución industrial" de Rifkin (2009); entre otras muchas, apuntaladas por la re-creación de instituciones globales como las Naciones Unidas, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial entre otros (G-20 2009) y, en la sociedad de la energía renovable que se organiza en redes de relaciones multi <actorales y espacio-temporales>, puede viabilizar la recreación de gobernanza glocal y la sostenibilidad planetaria o de la biosfera (Rifkin 2009).

La buena gobernanza genera altos dividendos de desarrollo y una correlación positiva entre el balance presupuestario nacional, el desarrollo sostenible y la superación de la pobreza; en este sentido y de acuerdo a Kaufmann *et al*. (2010), cuando la gobernanza se incrementa en una desviación estándar, la mortalidad infantil disminuye en dos tercios y los ingresos se triplican en el largo plazo. Para lograr estos objetivos es necesario voluntad política y comprometerse con la implantación de reformas, asumiendo como valores y principios de gestión los indicadores de gobernanza mundial (IGM). Para Kaufmann *et al* (Ibíd.) existen múltiples mecanismos para que los países pueden mejorar la gobernanza, entre estos: instituciones capaces/eficientes del sector público; un poder judicial independiente; la protección de los derechos de propiedad; las libertades civiles y de prensa; una efectiva regulación y la lucha contra la corrupción (todos IGM).

2. CIUDAD HIBRIDA DISPERSA Y DILUIDA (COMPLEJA) Y GOBIERNO DE LA GESTIÓN VISIBLE (GGV)

Las ciudades de Latinoamérica y el Caribe (LAC), la región más urbanizada del mundo en desarrollo, han experimentado en el transcurso de las últimas décadas, importantes y complejos procesos de crecimiento y expansión, con deterioro de la calidad de vida, aumento de la precariedad y déficit de gobernanza democrática. Este fenómeno ambivalente-híbrido mestizo, modernización-marginación, modo-de-vida moderno y popular y, ciudad formal y ciudad informal, genéticamente ingobernable, aunado a la ruptura-fragmentación del espacio urbano son cuestiones que amenazan la estabilidad política y sostenibilidad - gobernanza en LAC en el corto plazo, si no se implantan políticas para superar la pobreza urbana (Ferrer *et al*. 2009, Ferrer 2012). Entretejer estas múltiples caras de las ciudades hibridas-mestizas de la región es el mayor y prioritario desafío para superar la pobreza urbana y construir ciudades sostenibles desde la gobernanza.

Las mayores presiones para la sostenibilidad urbana en Latinoamérica son la pobreza, la creciente desigualdad de ingresos, la urbanización informal, la limitada planificación y gestión urbana especialmente en las ciudades, la alta dependencia de muchas economías en la explotación de recursos naturales y la creciente dispersión urbana. En Maracaibo (caso de estudio) la dispersión se ha traducido no sólo en aumento de los costos de urbanización y construcción y déficits de servicios, sino también en la profundización de las desigualdades-asimetrías en la distribución espacial de la calidad de vida y en el acceso a educación, salud y recreación, incrementando la inequidad e insostenibilidad urbana (Plan de Desarrollo Urbano - PDUM, Alcaldía de Maracaibo 2005). En Maracaibo, ciudad hibrida y dispersa, la informalidad (más del 60%) y las asimetrías en la distribución de calidad de vida se amplían continuamente desbordando el límite urbano y la capacidad de respuesta del gobierno local, como consecuencia se precariza la calidad de vida urbana, aumentan las protestas ciudadanas en demanda de mejores servicios y la ingobernabilidad, que obstaculiza la gobernanza urbana. En este sentido, Pereira[5] (2006) señala que,

> *La informalidad venezolana, asociada a la pobreza urbana, es un rasgo estructural del país, que se expresa en 2,5 millones de familias que habitan en viviendas autoconstruidas-precarias, sin título de propiedad, ubicadas muchas de ellas en zonas de alto riesgo ecológico, generando damnificados todos los días y 5 millones de trabajadores informales.*

Esta realidad y modelo de ciudad hibrida dispersa e insostenible que desde 2006 se diluye en pequeños y desarticulados fragmentos y gobiernos sublocales autónomos-centralizados (consejos comunales), contrasta con las demandas de ciudades sostenibles de bajo carbono-verdes y, de un buen gobierno, que garantice las

5 Artículo "País de informales"

condiciones para su concreción, mediante la innovación de los procesos de gobernación y el ajuste de sus funciones y competencias en relación con otros actores, además de imaginación y creatividad (Centelles 2006).

En este contexto de búsqueda de innovación en los procesos de gobernación democrática- gobernanza surge el gobierno de la gestión visible (GGV), como ventana de oportunidad y práctica política de diferentes gobiernos del territorio, dirigida a "hacer ciudad" (crear imagen), para ser percibido como buen gobierno, incrementar el capital político, legitimarse por desempeño y fortalecer la gobernanza local. Esta práctica política y los cambios en la forma de gobernar que supone, mejoran la capacidad de gobierno-gobernanza del GGV, responde a tres objetivos - necesidades básicas: dinamizar la práctica de gobierno en un contexto global, nacional y local en continuo cambio; satisfacer de manera visible -transparente y rindiendo cuentas- demandas ciudadanas a corto plazo, por ser percibido como buen gobernante (eficiente). Esta praxis de gobierno legitima al alcalde por desempeño, crea confianza, cohesión y emponderamiento social y, en este contexto, se planifica haciendo, la gestión hace el plan, para generar cambios a corto plazo en el tejido social y en la calidad de vida y superar la crisis - cuestionamiento a la validez de los planes urbanos.

Estas características del GGV (constructo teórico) que se asumen como indicadores de buena gobernanza, conforman el núcleo del proceso de gobernación de la ciudad y fundamenta la nueva praxis de gobierno en la Alcaldía de Maracaibo desde 1996 y el paso, del plan al gobierno por políticas y la gestión visible. El GGV se apoya en la razón práctica (Bermejo 2005) y en la ética de la responsabilidad convencida (Cortina 2000) que capacita al alcalde a gobernar en gobernanza (Kooiman 2009) y, a tomar decisiones en un contexto complejo, multirelacional y multiactoral, para mejorar la capacidad de respuesta a demandas ciudadanas y construir oportunidades y, de esta forma es percibido como buen gobierno - legitimo, construye capital político y legalidades y fortalece la gobernanza urbana. Para Centelles (2006) la efectividad-legitimidad está en la base de la gobernabilidad que es necesaria para recrear y fortalecer la gobernanza democrática. El buen gobierno, asumido hoy como gobernanza, consiste en gestionar con habilidad la red de interdependencias sociopolíticas y, requiere conocimiento social, visión estratégica y táctica para recrear capital y cohesión social que favorece la gobernanza (Centelles 2006; Monday Morning 2007; Kooiman 2009).

3. ENFOQUE Y ESTRATEGIA METODOLÓGICA: GOBERNANZA PARA EL DESARROLLO URBANO SOSTENIBLE

La gobernanza es consustancial con la sostenibilidad y solo posible en democracia, con una ciudadanía construida desde el ejercicio de las libertades y derechos plenos (Sen en PNUD 2010) y, con la participación y cooperación pluriactoral y multiescalar en la formulación y gestión de políticas públicas territoriales. La gobernanza urbana contemporánea se caracteriza y concreta en la gobernación relacional y pluriactoral, coordina, conecta, relaciona y entreteje relaciones entre múltiples actores -el Estado, la sociedad y el mercado-, intereses-poderes y prácticas de gobernación, formas de vida y de habitar de los ciudadanos, en el continuo espacio-temporal de la ciudad y, se expresa en formas de ocupación y uso del territorio-genoma urbano que presentan niveles diferentes de sostenibilidad (Figuras 3 y 4).

FIGURA 3. FORMAS HIBRIDAS DE GOBERNANZA

Fuente: Ferrer (2012) a partir de Agrawal and Lemos (en Hendricks et al. 2009).

FIGURA 4. COHESIÓN SOCIAL, GOBERNANZA / SOSTENIBILIDAD Y SUPERACIÓN POBREZA

Fuente: Ferrer (2012) a partir de OECD (2011:17).

3.1. Estrategia de Evaluación de Gobernanza Urbana Innovadora [EEG+i]

La estrategia para entretejer la historia de la investigación, evaluar la gobernanza de la praxis urbana del gobierno de la gestión visible (GGV) y comprobar las hipótesis, trenza transversalmente tres campos de conocimiento: gobierno/política, ciudad/urbano y sostenibilidad/ambiente en cuatro fases, en coherencia con los objetivos específicos de la investigación. La estrategia de evaluación (EEG+i) pretende llenar vacíos teórico-prácticos entretejiendo en bucles sucesivos, relaciones a múltiples escalas y contextos espacio-temporales. Es multidimensional <relacional-escalar y temporal>, transversal y transdisciplinar, fusiona métodos y modelos tomados de diferentes pero interrelacionados campos del conocimiento: gobierno, ciudad y sostenibilidad. Trenza en cuatro fases (en coherencia con los objetivos específicos), el contexto de mutaciones múltiples y radicales con la visión futura de la ciudad y del gobierno local-ciudad hibrida dispersa y diluida y el gobierno del poder diluido-centralizado y, los procesos de gobernación-gestión del desarrollo urbano, a partir del análisis de la metamorfosis morfogenética del hacer ciudad hibrida-compleja, utilizando modelos de gobernanza constitucional y del GGV e indicadores específicos de gobernanza urbana (IGU), con los cuales se evalúan las formas de hacer ciudad o, genes tipológicos, aplicando cuestionarios y un *delphi*, que simultáneamente validan las conclusiones.

Narang en (en UN-Habitat 2006), define la buena gobernanza urbana como,

> *… La suma de las muchas formas en que individuos e instituciones, públicas y privadas, planifican y gestionan los asuntos comunes de la ciudad… Es un proceso continuo a través del cual intereses diversos o, en conflicto pueden acomodarse y la actuación cooperativa promoverse. Incluye las instituciones formales así como los acuerdos informales y el capital social de los ciudadanos.*

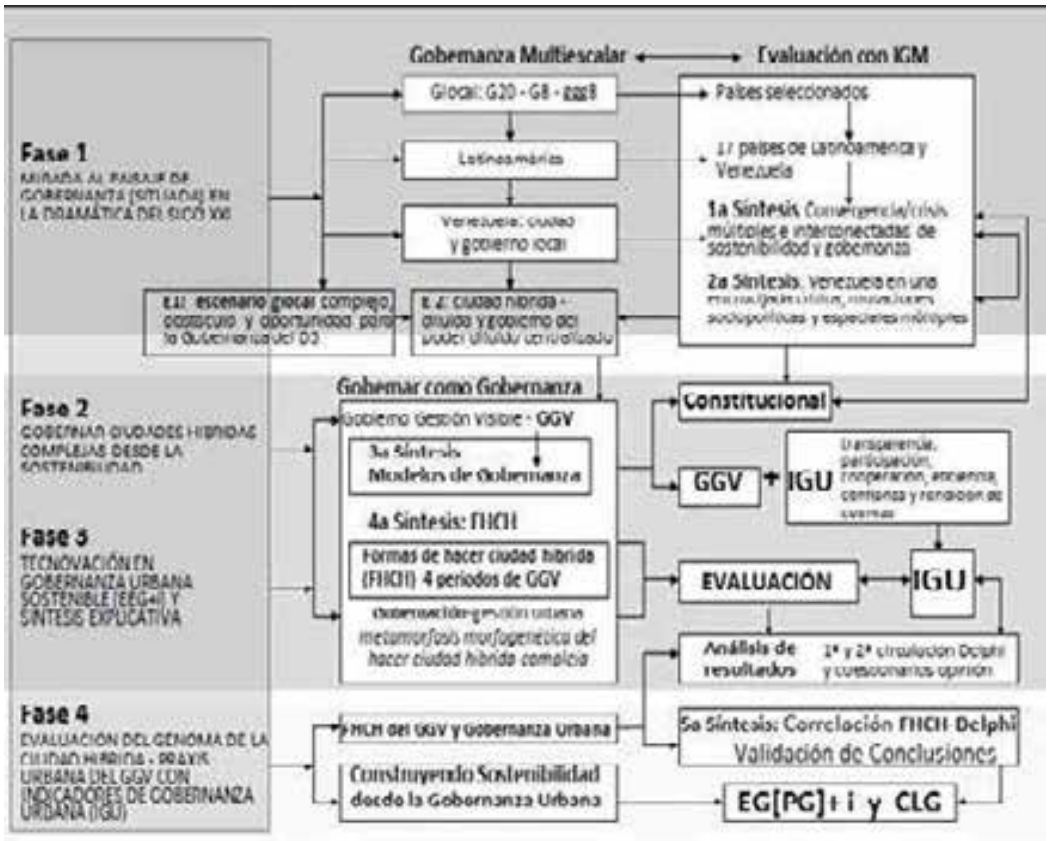
La gobernanza político-territorial para el desarrollo sostenible, es un concepto transversal, polisémico y pluridisciplinar que interrelaciona e interconecta (*plug in*) y, concilia-armoniza en el espacio-tiempo, el entramado legal, los derechos humanos y la libertad-democracia, con la gestión urbana, socioeconómica, política y ambiental de la ciudad, mediante la participación en redes de actores, sociales, políticos y empresariales y el mercado, sus intereses y proyectos de vida, todas dimensiones y características de gobernanza urbana sostenible (Kooiman 2004; Blanco y Gomà 2006; Farinós 2008 y 2009; IIDS 2010). Basándose en la experiencia de trabajar con ciudades, Narang (en UN-Habitat 2006) sostiene que, la buena gobernanza urbana se caracteriza por los principios de sostenibilidad, subsidiariedad, equidad, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, participación cívica, ciudadanía y seguridad. Estos principios son interdependientes y se refuerzan mutuamente: la eficacia incluye eficiencia, subsidiariedad y visión estratégica; la equidad está vinculada a sostenibilidad, igualdad de género e intergeneracional; la rendición de cuentas, está vinculada a transparencia, imperio de la ley y capacidad de respuesta; participación a ciudadanía, orientación al consenso y compromiso cívico y, seguridad, con resolución de conflictos, seguridad humana y ambiental.

El diseño de la estrategia de evaluación consideró el carácter complejo, multidimensional y contextualista de la gobernanza (Lynn et al 2002; Kooiman 2009) coincidiendo con la argumentación de Morín[6] (2011: 143) según la cual

> *El conocimiento debe saber contextualizar, globalizar, multidimensionar, es decir, debe ser complejo. Solo un pensamiento capaz de captar la complejidad de nuestras vidas [...] y la relación individuo/sociedad/especie [...] puede intentar establecer un diagnóstico del curso actual de nuestro devenir y definir las reformar vitalmente necesarias para cambiar...*

En la Fase 1, Mirada al paisaje de gobernanza [situada] en la dramática del siglo XXI, se contextualiza la gobernanza multinivel y describe el impacto en el futuro de la ciudad y del gobierno local, enmarcada en un contexto global en crisis de sostenibilidad interconectada o, transición a la sociedad de la energía renovable, que genera una tensión creciente entre fuerzas y flujos de poder centrípetos y centrífugos y, déficit de gobernanza democrática. En la Fase 2, Gobernar ciudades hibridas desde la sostenibilidad, se desarrolla la fundamentación teórico-práctica de la investigación desde la complejidad y, construye una "red de conceptos para aprehender la realidad" (Ferrater 2001) y un abordaje analítico propio, la genética territorial (Ferrer 2012) necesario para comprehender la complejidad de la ciudad hibrida de países en desarrollo, tejiendo ontogenética territorial con el carácter autopoiético del gen informal y de los nuevos espacios y gobiernos sublocales (Figura 5).

FIGURA 5. ESTRATEGIA DE EVALUACIÓN DE GOBERNANZA URBANA INNOVADORA [EEG+I]



Fuente: Ferrer, M. (2012).

En la Fase 3, Tecnovación en Gobernanza Urbana y Síntesis Explicativa, se diseña y aplica la estrategia metodológica -EEG+i y caracterizan las formas de hacer ciudad hibrida, desde la genética del territorio y el análisis morfogenético de las dinámicas territoriales, genes tipológicos formales e informales, que coexisten y entretejen en el continuo espacio-temporal de la ciudad hibrida compleja (dispersa y difusa) y conforman el genoma urbano de la ciudad. Se formulan dos modelos de gobernanza, el modelo de gobernanza constitucional y del GGV e indicadores, con los que se evalúan, aplicando un *delphi* y cuestionarios, las formas de hacer ciudad o, genes tipológicos y validan las conclusiones. Los genes tipológicos y códigos genéticos que caracterizan el genoma

6 Morin «Introduction a la pensée complexe».

urbano (ontogenética territorial) , expresan las distintas dinámicas de ocupación del territorio, la realidad-espacio-temporal vivida y las características socioeconómicas, valores culturales, éticos y ambientales del venezolano, la sostenibilidad o insostenibilidad vivida y practicada en el territorio.

En la Fase 4, Evaluación del Genoma de la Ciudad Hibrida-Praxis Urbana del Gobierno de la Gestión Visible (GGV) con indicadores de gobernanza (IGU), se analizan los resultados de los instrumentos aplicados y se correlacionan con los resultados del análisis morfogenético de las formas de hacer ciudad del GGV o, genoma de la ciudad hibrida, durante los cuatro periodos de gobierno analizados (1996-2010). Esta Fase finaliza planteando estrategias de gobernanza multinivel y de planificación de la gestión innovadora (EG [PG] + i), con el fin de recrear el modelo de gobernanza constitucional, la cohesión social y superar la disolución-centralizada del gobierno local, así como la conformación de una estructura de gobernanza para la ciudad (Frug en Mostafavi y Doherty 2010) el Consejo Local de Gobernanza (CLG).

3.3 Modelos de Gobernanza Constitucional y del Gobierno de la Gestión Visible

Para evaluar el escenario actual y tendencial nacional y, la praxis urbana del GGV o, formas de hacer ciudad (genes tipológicos) con indicadores de gobernanza, se formularon dos modelos de gobernanza, el modelo de gobernanza constitucional (MGC) y del gobierno de la gestión visible (MG- GGV) que incluye indicadores de gobernanza específicos con los que se evalúa la praxis urbana del GGV. El modelo de gobernanza constitucional se formula considerando las características de la gobernanza siguientes:

- El gobierno como interacción y combinación de todo tipo de actividades, procesos y estructuras de gobernación que facilitan las (inter)dependencias e interacciones sociopolíticas *trans-límite*[7] entre actores e instituciones multinivel (Kooiman 2004: 177).
- La colaboración, coordinación, orquestación y entretejido de relaciones y acuerdos (*plug in*) entre el Estado, la sociedad y el mercado, a través de procesos de autogobernanza, cogobernanza y gobernanza jerárquica.
- Las interacciones más fluidas y caóticas tienen un carácter de autogobernanza - "autopoiético" [8]o de autogobierno, que realizan algunos sectores sociales y tiende a impedirles ser gobernados o influenciados desde afuera;
- La cogobernanza que se centra en formas horizontales de gobierno y los modos jerárquicos, son las interacciones verticales más formalizadas (Kooiman 2004: 178 -179).

En síntesis, la gobernanza se apoya en todas las estructuras que crean redes de relaciones a través de las cuales se trenza, entreteje y orquesta la participación multiactoral en los procesos de gobernación, que viabilizan la cohesión e interacción sociopolítica, la gobernabilidad y, la recreación de formas de gobierno que favorecen la cooperación, coordinación e interacción sociopolítica e inclusiva entre el gobierno multinivel, los actores públicos, privados y el mercado (Prats 2005; Centelles 2006; Kooiman 2009; Pizarro 2010; Morin 2011).

3.3.1 La Constitución mirada desde la GOBERNANZA

> *La formación de la constitución es el más maravilloso trabajo que se ha experimentado a través del cerebro y el propósito del hombre"* (Gladstone en La Roche 1991).

Para formular el constructo "Modelo de Gobernanza Constitucional" (MGC) se relacionaron primero, los conceptos y principios de gobernanza con los de Constitución aportado por diferentes autores y, segundo, con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV). Se asumió como supuesto que la Constitución "del latín constitutĭo,-ōnis, ley fundamental de un Estado, que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política" (RAE 2001) constituye un modelo de gobernanza, en tanto es el contrato-pacto social marco y compartido que define "las relaciones societales que permiten la participación e interacción sociopolítica" (Bidart Campos 1967; Loewenstein 1976; Duverger 1982; La Roche 1991; Rousseau 1996; Kooiman 2009). En este sentido y según Duverger (1982),

El concepto de Constitución va unido al de pacto o "contrato social", que aparece en el siglo XVII y se prolonga al siglo XVIII,

> *el pacto o acuerdo social es la base misma del Estado. Para resolver la contradicción entre el principio según el cual todos los hombres nacen libres e iguales y, la necesidad de un poder político que asegure*

7 "Traspasan los límites entre entidades y actores" (Kooiman 2004: 176).
8 Según el debate de las Ciencias Sociales en Alemania e importante en la ciudad híbrida por la carga genética-informal autogestionada

el funcionamiento de la sociedad, se parte de la idea del consentimiento de los individuos, que habrían aceptado por contrato limitarse sus libertades y obedecer a las autoridades establecidas por ellos. Desde esta perspectiva, la Constitución es una forma de pacto social que ella prolonga y precisa.

Para Bidart Campos (1967: 13),

La constitución del Estado es el ordenamiento jurídico-político que da solución a la convivencia territorial de una comunidad y, como modo estructural de ser del Estado, es una realidad normativa o, una forma de vida social que tiene carácter normativo.

Bidart Campos (1967: 14) identifica dos partes en la constitución, una parte orgánica y otra dogmática, que muestran el dinamismo del poder,

La parte orgánica se dedica a organizar el poder, sus funciones y los órganos que las desempeñan, las relaciones entre ellos, su distinción y separación, el modo de acceso al poder, entre otros y, la parte dogmática, atiende a las relaciones de los hombre con

Loewenstein (Ibíd.: 152) coincidiendo con Duverger argumenta que,

A partir del siglo XVIII el concepto de Constitución adquiere su significado actual bajo la estimulante idea de contrato social y vino a significar el documento especifico en el cual estaban contenidas, en un sistema cerrado, todas las leyes fundamentales de la sociedad estatal que, imbuidas en un telos ideológico especifico, estaban destinadas a doblegar las arbitrariedades de un detentador de poder único, sometiéndolo a restricciones y controles.

El análisis ontológico[9] de la constitución permite caracterizarla según Loewenstein (Ibíd.: 217) como:

Normativa, nominal y semántica. El criterio del análisis antológico radica en la concordancia entre las normas constitucionales y la praxis del poder [..] Para ser real y efectiva la constitución debe ser observada por todos, solamente en este caso puede hablarse de constitución normativa, sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso de poder se adapta a las normas constitucionales y se somete a ellas.

El carácter normativo de una Constitución para Loewenstein, no debe tomarse como hecho dado, sino que deberá confirmarse en la práctica. En este contexto y para Loewenstein (Ibíd. 219).

Cuando la Constitución,.. es un instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos, se está frente al tipo de Constitución Semántica. La dinámica social bajo este tipo constitucional, tendrá restringida su libertad de acción y será encauzada en la forma deseada por los detentadores del poder.

En este sentido y de acuerdo a Loewenstein (Ibíd.: 536-537),

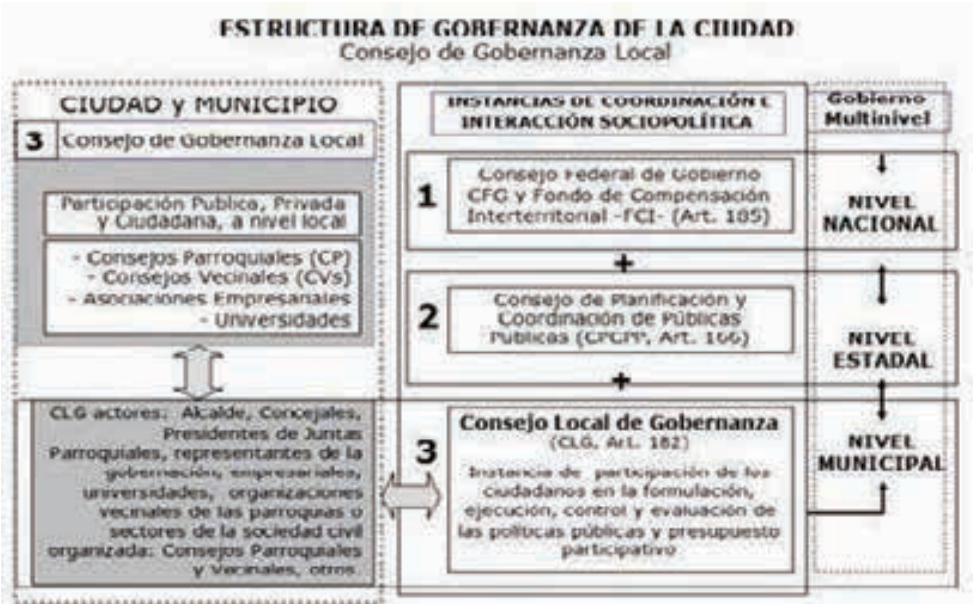
La democracia constitucional solo tiene oportunidad de triunfar en los Estados cuyos pueblos hayan alcanzado un determinado nivel de vida y de educación, que les permita apreciar el valor del autogobierno y manejar las técnicas para su realización. Se necesitan democracias que alcancen ese nivel imprescindible de seguridad económica y cultura general. La expansión de la democracia es una cuestión fundamentalmente económica y cultural, por consiguiente la teoría de la Constitución de mañana no debe ser una labor historiográfica sino un objetivo de la realidad política.

A partir del análisis realizado que aquí se sintetiza, se concluye señalando que los conceptos de constitución y gobernanza son correlacionables. La ontología constitucional coincide con los principios de gobernanza, porque norma y viabiliza la interacción-coordinación sociopolítica, el gobierno relacional, el diálogo entre actores, la relación gobierno-ciudadano, la interacción sociopolítica e interinstitucional y, determina la praxis política, en tanto es el contrato-pacto social marco y compartido-consensuado que define las relaciones societales y, en este sentido, constituye un modelo de gobernanza (Figura 6).

9 Ciencia del ser o la realidad, la rama del saber que investiga la naturaleza, las cualidades esenciales y las relaciones del ser.

REALA, nº 2 julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975 – DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10188

FIGURA 6. MODELO DE GOBERNANZA CONSTITUCIONAL Y MUNICIPAL



Fuente: Ferrer (2011) a partir de Ferrer et al. 2009.

El Modelo de Gobernanza Constitucional de Venezuela se fundamenta en su carácter de Estado Democrático Social de Derecho y Federal Descentralizado (Arts. 2 y 4 de la CRBV) constituido por tres niveles territoriales de gobierno, Nacional, Estadal y Municipal y las tres instancias de coordinación dan forman y estructuran el modeb :

- Nivel nacional: El Consejo Federal de Gobierno (Artícub 185) es el órgano encargado de b pb nificación, coordinación de políticas y acciones para desarrob r el proceso de descentral zación de competencias del poder Nacional a Estados y Municipios.
- Nivel estadal: El Consejo de Planificación y Coordinación de Poí ticas Públ cas (Artícub 166), pb nifica y coordina b s políticas públ cas intermunicipab s y, b integran por el gobernador del Estado que preside, b s ab ab es del Estado, directores estadab s de b s ministerios, una representación de b gisb dores del Estado a la Asamblea Nacional, legisladores del Consejo Legislativo y concejales y, comunidades organizadas e indígenas si b s hubiere (Ibíd. 2000).
- Nivel local-municipal: El Consejo Local de Planificación Poí ticas Públ ca (Artícub 182), tiene por objeto b pb nificación, coordinación y cooperación en b definición y ejecución de poí ticas públ cas a nivel municipal y, está integrado por el alcab e, consejeros, presidentes de asociaciones de b comunidad, parroquias y b sociedad civil organizada (Ibíd.).

El Consejo Local de Planificación de Poí ticas Públicas (CLPP) es la instancia intergubernamental que coordina b eb boración del Plan y Presupuesto Participativo Municipal y operativiza la gobernanza a nivel local - municipal.

El modelo de gobernanza constitucional venezolano propuesto por Ferrer (2012) entreteje las características y principios de gobernanza incluidos en la Constitución, con b s tres niveb s de gobierno, a través de b s órganos de carácter intergubernamental antes descritos y, asume como vab res, b s principios constitucionab s de l bertad, soberanía e independencia y, de transparencia y rendición de cuentas de b administración públ ca, el modeb de Estado de derecho y justicia, federal y descentral zado, el régimen socioeconómico que garantiza b propiedad privada e, integra a b empresa privada en b gestión del país, el derecho humano a vivir como ciudadanos pb nos y el derecho a servicios de calidad – calidad de vida inclusiva y, a la sostenibilidad.

3.3.2 Descubriendo el Modelo de Gobernanza del Gobierno de la Gestión Visible (GGV)

El segundo supuesto empírico/anaí tico asume que b praxis del gobierno de b gestión visib (GGV) conb va un modeb de gobernanza. Este supuesto se construye y val da a partir de b deconstrucción del concepto del GGV, para identificar b s indicadores de gobernanza urbana (IGU) con b s que se evalúan b s formas de hacer ciudad hibrida. El pb nteamiento básico que sustenta el modeb es que el gobierno de b gestión visib -GGV "es en esencia una forma de gobierno impub ada por políticas que conlleva un paisaje de gobernanza" (Healey 2007).

Para seleccionar los IGU se consideraron: 1. Los principios de la administración pública venezolana (Artículo 141 de la CRBV 1999): honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad, los indicadores de buena gobernanza (UN- HABITAT - Narang 2006); 2. La política institucional incluida en el Plan de Gobierno del periodo 2008-2012 (Rosales - Ponne) y 3. Los aportes teóricos derivados del estudio de la visualidad por su potencial explicativo que permite vincular tres importantes indicadores de gobernanza: transparencia, rendición de cuentas y participación.

El gobierno de la gestión visible -GGV- "hace ciudad" para que los ciudadanos puedan habitarla y vivirla confortablemente y, en esta praxis integra tres aspectos clave: gobierna por políticas (G/P) y construye ciudad-obras que son visibles, en respuesta a demandas-necesidades ciudadanas, crea la imagen de marca de su gestión y de la ciudad y, una nueva cultura e imaginario urbano, apoyado en la gestión de la visualidad y emociones, que comunica a través de obras proyectadas y concretadas en el escenario urbano, que utiliza como estrategia de marketing político y urbano.

En este contexto, la ciudad se transforma en el medio para comunicar la gestión de gobierno y el alcalde crea un "buen clima social emocional que está asociado a la confianza institucional y a una baja percepción de problemas sociales" (Páez y Asún en Zubieta 2010). De esta forma el GGV es "percibido" como buen gobernante-eficiente, se legitima por resultados, incentiva lealtades que generan confianza y conductas cooperativas (Calsamiglia 2000), fortalecen el capital cohesión social y la gobernanza urbana. Este proceso de marketing se apoya en las TICs para crear un nuevo imaginario político-urbano a través del cual el GGV se comunica con otros actores y "hace visible" las fortalezas-logros del gobierno[10] (Figura 7).

FIGURA 7. MARKETING POLÍTICO-URBANO

Fuente: Logos en Leal (2010) y Señalización-Registro Fotográfico Ferrer (2009 y 2010).

En este proceso, el GGV adquiere identidad propia, crea su-imagen de marca, utilizando logos y eslóganes que identifican simultáneamente la gestión de gobierno y la visión ciudad. Según Heinelt et al. (2006) una buena gestión política local incluye el "triásico" legitimación, eficiencia y efectividad. Para Brea (2006) la visualidad constituye el soporte preferente de la comunicación y argumenta que "todo ver es el resultado de una construcción cultural y por lo tanto, siempre un hacer complejo- hibrido [].. y, políticamente connotado". En el caso del GGV, la visibilidad es la característica clave que sustenta-fundamenta el modelo de gobernanza. Gregory (2011: 111)[11] coincidiendo con Brea destaca la importancia de la visualidad y plantea la necesidad de "pensar de un modo mucho más visual, tratar las imágenes no como mero ornato, sino como recursos vitales que permiten "imag(e/i)nar" (image-ine) los objetos de análisis y verlos de otro modo". En el proceso de hacer ciudad el GGV crea y recrea la imagen de la ciudad (re-imagina) y le da transparencia a la gestión. La transparencia permite formar opinión para decidir participar y cooperar, que es una forma de co- gobernanza (Kooiman 2009).

La transparencia está estrechamente vinculada al acceso a la información necesaria para participar en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades. En este sentido, para UN-HABITAT y, Transparencia Internacional (2010), la transparencia entendida como promoción de un mejor acceso a la información para todos los actores y partes interesadas, fortalece la rendición de cuentas, mejora la gobernanza y reduce la corrupción.

10 Durante el periodo 2008-2012 el partido Un Nuevo Tiempo coincidió en la gobernación del Zulia y Alcaldía de Maracaibo y, a partir de esa fecha, las vales empieza a reflejar la cooperación entre esas instancias en la gestión de la ciudad.

11 "Espacios del pasado, Historias del presente" (Elden, Gregory y Sevilla en Urban 2011, NS01: 91-104).

La tesis básica es que a través de la gestión de la visualidad, de hacer visible el proceso de gobernación, el GGV rinde cuentas-es transparente, promueve la participación y la cooperación, es percibido como buen gobernante-eficiente y, como consecuencia, genera confianza, legitimidad por resultados, capital político y gobernanza urbana, indicadores que conforman el Modelo de Gobernanza del GGV (Tabla 1).

TABLA 1. MODELO DE GOBERNANZA DEL GGV

	IGU	Caracterización
MODELO DE GOBERNANZA GGV	Transparencia	Información accesible a todos, claridad en el funcionamiento de la alcaldía, permite la creación de opinión pública y control ciudadano, genera confianza y lealtad política.
	Confianza	Seguridad en el alcalde-empodera y genera capital social
	Eficiencia	Respuesta a demandas-necesidades ciudadanas, legitima y genera capital político
	Participación	Conectividad-interacción sociopolítica-liderazgo compartido
	Cooperación	Entre actores públicos, privados, sociedad civil y mercado
	Rendición de cuentas	Accountability-presentación de informes de gestión periódicos

Fuente: Ferrer 2010.

4. FORMAS DE HACER CIUDAD DEL GOBIERNO DE LA GESTIÓN VISIBLE (GGV)

El GGV gestiona una nueva y complejja territorialidad urbana, la ciudad hibrida dispersa que se fragmenta y diluye, resultado de múltiples y radicales mutaciones sociopolíticas y territoriales que generan una tensión creciente entre fuerzas y flujos de poder centrípetos y centrífugos, déficit de ciudadanía, democracia y gobernanza, resultado de la confrontación-polarización entre dos visiones y proyectos de país, la revolución bolivariana, régimen hibrido (Miller 2011) petropopulista (García Banchs 2010) y voluntarista-*top down*, cuyo objetivo, la conformación del "Estado y ciudad comunal", es contrario al modelo de Estado federal descentralizado y de gobernanza pautados en la constitución de 1999, que se fundamente en tres niveles de gobierno del territorio o, gobierno multinivel

En este contexto de transformaciones múltiples, el GGV gobierna un continuo espacio-temporal que crece, se dispersa, densifica, compacta, se fragmenta y diluye continuamente; una ciudad - paisaje hibrido disperso y diluido, tanto desde la perspectiva socio-espacial como del poder político resultado de cuatro procesos simultáneos, interactuantes y a veces contradictorios que coexisten, se entrecruzan, superponen y explican el ciclo de vida de la ciudad hibrida (CVC): Expansión dispersa: crecimiento fragmentado, desbordado e incontrolado de genes formales e informales; Densificación- compactación (Terán 2001) o, mutación morfogenética de genes tipológicos; Estructuración de la ocupación urbana, mediante la rehabilitación de corredores viales, construcción del metro y equipamientos urbanos (servicios y centros comerciales-malls) y, fragmentación y disolución de la ciudad, en pequeños fragmentos o consejos comunales (CCs) autogestionados por asambleas de ciudadanos que pasan a depender del gobierno central (flujos de poder centrífugos).

El proceso de crecimiento por expansión de la ciudad o, construcción ex novo, se produce ocupando intersticios vacantes de la ciudad y terrenos urbanizables de la periferia norte y noroeste de la ciudad y, no urbanizables de la Zona Protectora (ZP), *green belt*-cinturón verde de aproximadamente 23000 hectáreas decretado en 1989 como contenedor del crecimiento urbano y límite norte y noroeste de Maracaibo. Estas ocupaciones se realizan en terrenos de propiedad privada y, ejidos municipales, a partir de fragmentos con genes tipológicos informales-invasiones, producto de la urbanización de la pobreza y, formales, que privilegian el gen tipológico y el estilo de vida de las villas o, comunidades cerradas, debido al aumento de la inseguridad urbana, las invasiones están repitiendo la tipología de las villas dentro de su precariedad. El crecimiento por densificación o, construir en lo construido, resulta de la aplicación de las ordenanzas del Plan de Desarrollo Urbano de Maracaibo (2005) y conlleva la mutación del gen tipológico unifamiliar a multifamiliar, de los contenedores monofuncionales a multifuncionales y la habilitación-consolidación de barrios, mediante actuaciones de reparcelación, dotación de servicios y legalización de las ocupaciones.

El proceso de fragmentación-disolución, se superpone sobre los anteriores y, resulta de la conformación de nuevas y pequeñas unidades sublocales, autogestionadas y autogobernadas por asambleas de ciudadanos o, múltiples poderes sublocales, cuyo potencial de disolución y carácter autopoiético, ponen en cuestión y riesgo la sostenibilidad de la ciudad y del gobierno local (GGV), generando flujos de poder contrapuestos, centrípetos desde el GGV y centrífugos desde el gobierno nacional que se expresan en una creciente fractalización-segregación socio-espacial y política e ingobernabilidad que dificulta la gobernanza. En este contexto se identifican tres escenarios futuros de la ciudad venezolana: la ciudad archipiélago - E1 o, conjunto de municipios-islas, la ciudad diluida E2 y la ciudad hibrida - dispersa E3 (Ferrer et al. 2008) (Figura 8).

FIGURA 8. FUTUROS ESCENARIOS DE LA CIUDAD VENEZOLANA

Fuente: Ferrer *et al.* (2008).

Estos escenarios o, nuevas configuraciones territoriales, paisajes híbridos dispersos y diluidos (complejos), conformados por múltiples y desconectados espacios y gobiernos subbcales, encuentran explicación en las tesis de diferentes autores[12]. Según Terán (en Arraiz 2001:21), con quien coincido, estamos ante una disyuntiva que es más de los modelos culturales que espaciales y en consecuencia plantea que el nuevo urbanismo debe asumir la diversidad, la fragmentación y "la ciudad como un archipiélago", en la que cada fragmento puede tener su propio código genético. Para este autor (Ibíd.: 110) la "ciudad archipiélago" está compuesta de islas o suma de fragmentos, elementos flotantes en un magma impreciso, separados muchas veces por vacíos o por discontinuidades, donde cada una de las islas puede pertenecer a códigos organizacionales y tener una personalidad organizativa diferente (municipios-islas y consejos comunales).

Para Boeri (en Koolhaas 2000) el territorio urbano contemporáneo se parece a una multitud de maniobras individuales desincronizadas o, mosaico de fragmentos urbanos, dotados de sentido en su interior pero que en conjunto dan lugar a un paisaje caracterizado por la heterogeneidad, distintos por el ritmo, la duración y la intensidad, que revelan una autoorganización especifica en las relaciones sociales y en los procesos de toma de decisión. Según Romito (en Koolhaas 2000) el proyecto territorial da paso a dispositivos o trampas que, mediante políticas inciertas o experimentales abordan el problema de lo conocible, factible y malabable, respecto a ámbitos territoriales y sociales que, por su indeterminación y promiscuidad, ponen en crisis los métodos de intervención probados.

En relación con la ciudad diluida, Bauman (2007), señala que los sólidos que se disuelven en este momento de "modernidad líquida", son los vínculos entre las elecciones individuales, los proyectos y acciones colectivas; entre las estructuras de comunicación y coordinación; entre las políticas de vida individuales y las acciones políticas colectivas. Para Bauman (Ibíd.: 12), lo que se está produciendo hoy es una redistribución y reasignación de los poderes de "disolución" de la modernidad. Estos poderes afectan las instituciones existentes, los marcos que circunscriben las acciones y las elecciones posibles; es la fase de romper moldes (instituciones, valores, principios) donde los individuos se enfrentan a pautas que aunque "nuevas no son por eso mejores", porque siguen siendo tan rígidas e inflexibles como las anteriores (Ibíd.).

Carta (2007: 69) siguiendo a Bauman 2007, conceptualiza la "ciudad fluida" como aquella que trasciende la ciudad creativa e, implica una actitud completamente nueva al entrar en contacto con la "fluidez". La ciudad fluida a diferencia de la ciudad diluida, debe visionarse como ciudad de redes, de funciones concentradas, límites permeables, bandas de infraestructura (de tierra y agua), lugar, intersección de aduanas, de funciones y flujos, una síntesis de espacios y comunidad, de historia y futuros, un lugar donde la apliación apta de la historia alimenta las visiones de futuro, donde las estrategias implementadas producen una efectiva interpretación del pasado (Ibíd.) Desde la perspectiva de los medios de comunicación, para Timoteo (2005: 233) el "poder de hoy es diluido".

Para este autor el poder diluido, "es mucho más que soberanía participada, más que un reparto administrativo de poder o, que una reorganización del poder en red". El término poder diluido para Timoteo crea un nuevo paisaje social, que desborda la teoría sociológica y la teoría de la comunicación, para entrar en el análisis de los fundamentos de los pilares del poder, convirtiéndose en "la fase superior de la democracia occidental". La transparencia, conjuntamente con la gestión de la credibilidad, del optimismo y, con la naturaleza democrática de las actividades públicas, conforma el núcleo del poder diluido (Ibíd.).

12 (Sola Morales 2001; Terán 2001; Boeri y Romito en Koolhaas 2000; Ferrer *et al.* 2007, 2009 y 2011).

Según Timoteo (Ibíd.: 246-247), el desarrollo occidental "ha conducido a una reorganización del poder que supera la democracia parlamentaria y, la social, es una democracia en algunas medida directa - de opinión, es un poder organizado de modo diluido, un intangible que puede variar constantemente". Son dos tipologías diferentes de poder diluido el generado a través de los medios de comunicación y el poder comunal. En el caso de los CCs el poder que se diluye es del local a los CCs para después centralizarse en el gobierno nacional, originando flujos de poder contrapuestos que fracturan el capital y la cohesión social, generando polarización política, violencia e inseguridad que obstaculiza la gobernanza, el desarrollo sostenible e impide la superación de la pobreza.

4. 1 Evaluación del Genoma Urbano con Indicadores de Gobernanza

Para evaluar la sostenibilidad del genoma urbano o, conjunto de formas de hacer ciudad hibrida del gobierno de la gestión visible (GGV) se aplicaron cuestionarios y un delphi. El delphi entreteje relacional, transversal y secuencialmente los objetivos general y específicos, con las conclusiones de la investigación, mediante un entramado de relaciones que permiten explicar la realidad objeto de estudio a través de "bucles sucesivos o espiral abierta" con la participación multi-experto. El delphi se dividió en cuatro secciones coincidiendo con las fases y objetivos de la investigación (Tabla 2).

TABLA 2. SECCIONES DEL *DELPHI*

Visión Actual y Tendencial Nacional	Escenario Nacional, Ciudad y Gobierno local	Modelos de Gobernanza	Evaluación de las Formas de Hacer Ciudad
1.1.Escenario Nacional Actual	2.1. Impactos del Nuevo Escenarios en la Ciudad y Gobierno Local	3.1.Modelo Constitucional	4.1.Formas de Hacer Ciudad
1.2. Escenario tendencial nacional	2.2.Futuro de la Ciudad y del Gobierno local	3.2. Modelos de Gobernanza del GGV	4.2.Evaluación de la Praxis Urbana Gobierno Local con Indicadores de Gobernanza

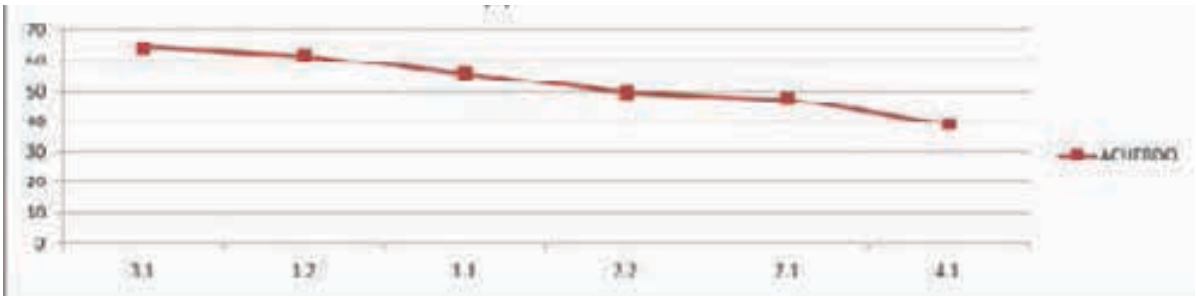
Fuente: Ferrer 2011.

Las conclusiones se dividen en dos partes, en la primera se concluye explicando el mapa de opiniones de los expertos resultado de la aplicación del *delphi* y en la segunda las conclusiones generales más relevante y unas reflexiones finales.

Mapa de Opiniones de los Expertos

El análisis de los resultados del *delphi* (Figura 9) evidenció que el constructo "modelo de gobernanza constitucional venezolano" (3.1), fue el área temática donde se consiguieron los mayores niveles de acuerdo entre expertos, un 64,28% de los expertos coincidió totalmente con las afirmaciones en relación al constructo. En segundo lugar se ubica la lectura o, visión del escenario tendencial nacional (1.2), donde los acuerdos fueron del 61,72% y, en tercer lugar, la sección donde se valida la lectura del escenario actual del país (1.1) con un nivel de acuerdo del 55,86%.

FIGURA 9. FRECUENCIA RELATIVA (%) ASIGNADO A LA VALORACIÓN "TOTALMENTE DE ACUERDO" EN EL *DELPHI*



Fuente: Grupo de Coordinación 2010.

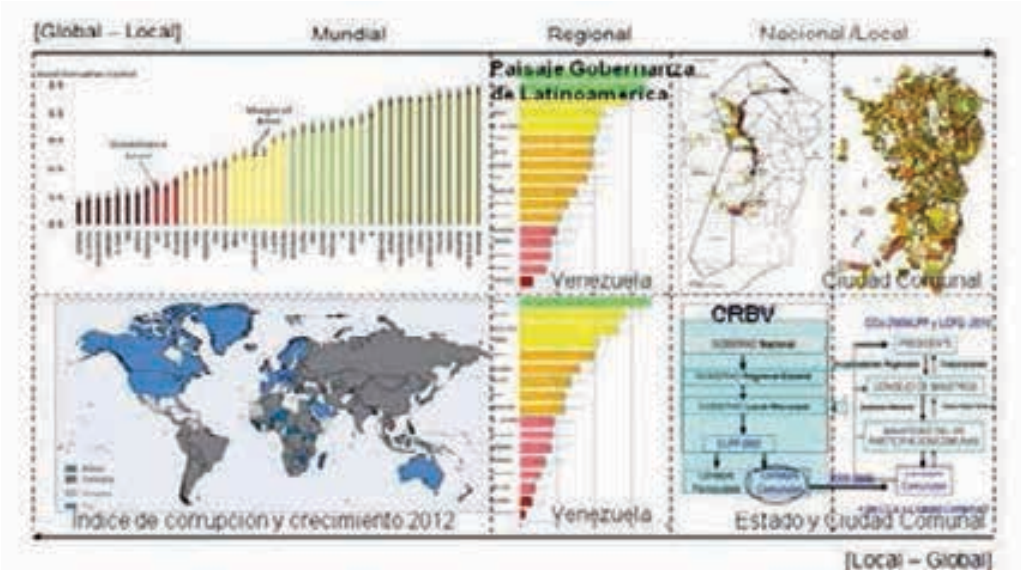
En las tres primeras secciones del *delphi*, en un 90% de las conclusiones sometidas a consideración de los expertos, se obtuvieron frecuencias de acuerdo mayores al 50%, por lo las conclusiones referidas a las tres temáticas tratadas: el escenario actual y tendencial nacional, el impacto de este escenario en la ciudad y gobierno local que se conceptualizan como ciudad hibrida diluida y gobierno del poder local diluido-centralizado (Ferrer et al 2009) y los dos modelos de gobernanza constitucional y del GGV y los indicadores de gobernanza urbana (IGU), se consideran validas.

Las opiniones de los expertos en la sección 4.2 que se corresponde con la evaluación de las formas de hacer ciudad del GGV durante cuatro periodos de gobierno (1996-2010), evidenciaron la ruptura con el nivel de acuerdo expresado en las tres primeras secciones del cuestionario. La conclusión más importante de esta sección del *delphi* es que la mayor frecuencia de las respuestas de los expertos, al analizarlas por separado, es la valoración 4, sin información / no sabe / sin conocimiento y, le siguen las frecuencias "parcialmente de acuerdo" (5) en el caso de la primera y última gestión evaluadas (1996-2000 y 2008-2010) y, en el caso de las dos gestiones intermedias (2000-2004 y 2004-2008) las valoraciones siguen una tendencia más marcada hacia opiniones en desacuerdo y totalmente en desacuerdo, especialmente en la segunda gestión.

5. CONCLUSIONES: RECREANDO LA SOSTENIBILIDAD URBANA DESDE LA GOBERNANZA

La estrategia de evaluación evidenció la correlación transversal y multinivel existente entre las mutaciones voluntaristas en curso que tienden hacia el Estado y ciudad comunal y, contradicen el modelo de gobernanza constitucional y el Estado federal descentralizado; el mal desempeño del país en todos los IGM y las perspectivas de desarrollo globales 2012, entre otros indicadores. Esta correlación se expresa sociopolíticamente en la fractura de la cohesión social (polarización, violencia e inseguridad), déficit de gobernanza democrática y de Estado de derecho y justicia y, espacio- localmente en el genoma hibrido-diluido y el gobierno del poder diluido-centralizado. Esta correlación transversal y multinivel permite una doble lectura glocal y de local a global, completando la tesis de Lynn et al (2002) que plantean un proceso de evaluación de gobernanza sobre *top down* (Figura 10).

FIGURA 10. CONCLUSIONES GLOCALES-TRANSVERSALES Y MULTIDIMENSIONALES



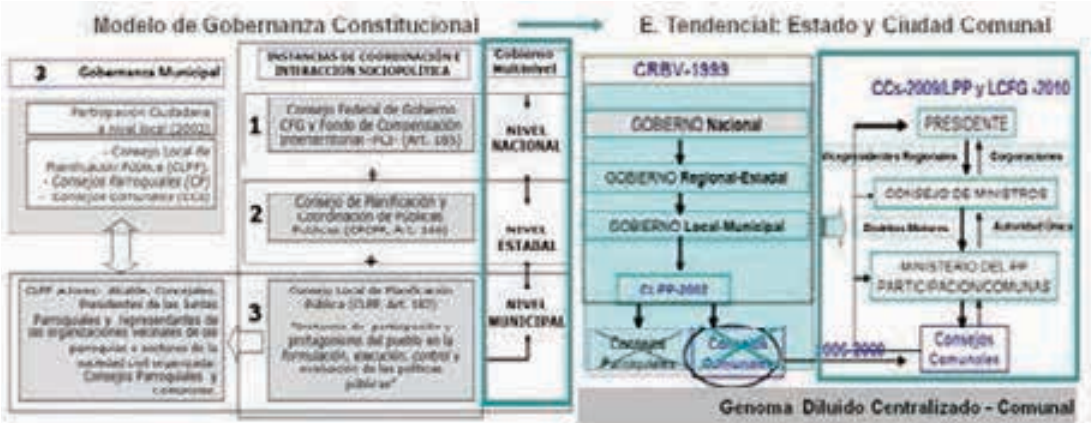
Fuente: Ferrer, M (2012).

La estrategia de evaluación permitió validar las tres hipótesis de investigación: 1. El escenario actual de mutaciones múltiples y radicales que tiende a la conformación del Estado y ciudad comunal, ponen en riesgo el modelo de Estado federal descentralizado y el derecho constitucional a la ciudad, al municipio y la gobernanza-sostenibilidad urbana y multinivel 2. La carga genética informal de la ciudad hibrida y la conformación de nuevos gobiernos subloca les auto-organizados por su carácter autopoiético, tienden a profundizar la segregación socio-espacial y política, incrementando la ingobernabilidad que obstaculiza la gobernanza y superación de la pobreza y 3. El modelo de gobernanza del GGV favorece y promueve procesos de gestión urbana y, ciudades/genomas urbanos sostenibles, pero en la práctica no se cumple .

La recentralización política y competencial resultado de las mutaciones en curso y la creación de los consejos comunales y otras instancias de gobierno del territorio, que pasan a depender del gobierno central, disminuye el poder y finanzas de gobernaciones y alcaldías y su capacidad para solucionar problemas y construir oportunidades

(gobernanza de 1er. orden) y la cooperación pluriactoral (gobernanza de 2o nivel), inviabilizando la formulación de una visión compartida y la gestión coordinada de la ciudad/genoma urbano híbrido, incrementando el deterioro de la calidad de vida, las protestas/ingobernabilidad que obstaculizan el desarrollo urbano sostenible y la superación de la pobreza (Figura 11).

FIGURA 11. RELACIÓN MODELO DE GOBERNANZA CONSTITUCIONAL Y ESCENARIO TENDENCIAL



Fuente: Ferrer (2011) a partir de Ferrer et al. (2009)

A nivel local/urbano, la correlación entre gobernanza y producción de genes formales y la construcción de la ciudad/genoma por iniciativa privada, tiende a ser positiva y, entre genes y producción del genoma informal negativa, por el carácter autopoiético-autogobernable que tiende a obstaculizar la gobernanza. La praxis urbana de los cuatros periodos del GGV evaluados contradicen el modelo de gobernanza formulado.

El modelo sociopolítico y económico en curso, la ciudad/genoma híbrido-diluido y el gobierno local diluido-centralizado son insostenibles e inconstitucionales, fragmentan la cohesión-capital social, profundizan la segregación socio-espacial y política, precarizan la calidad de vida incrementando las protestas e ingobernabilidad genética de los genomas híbridos e impiden la superación de la pobreza y la sostenibilidad/gobernanza urbana y multinivel.

REFLEXIONES FINALES

Venezuela enfrenta una encrucijada crítica (neo-dictadura) y nueva realidad global, una sociedad en transición de una economía fundada en energías fósiles a una economía basada en energías renovables y ciudades poscarbono-verdes. Este cambio de modelo impulsado por la "crisis convergente de sostenibilidad" o, "crisis planetaria", pone en cuestión el modelo clientelar petropopulista y las bases que sostienen la realidad sociopolítica del país y demanda pensar, desde la gobernanza, un nuevo proyecto de país inclusivo y compartido, un cambio en la dirección de las políticas públicas y una nueva cultura ciudadana basada en la responsabilidad compartida y en la tolerancia democrática.

Paralelamente y para superar la ciudad y gobierno del poder diluido y recuperar la cohesión social, se plantean estrategias de gobernanza multinivel. A nivel nacional se plantea retomar el modelo de gobernanza constitucional y el espíritu del "Consejo Federal de Gobierno" (CFG) pautado en la Constitución. A nivel local, un proceso de planificación de la gestión innovador e inclusivo (EG [PG] + i) que asume como principios rectores los indicadores de gobernanza del GGV y, la creación de una estructura de gobernanza para la ciudad, el Consejo Local de Gobernanza (CLG) que sustituye al Consejo Local de Planificación Pública.

BIBLIOGRAFÍA

Acemoglu, D. & Robinson J. A. (2013). Why Natios Fail. The origins of power, prosperity and poverty.Cronw Business, New York. (United States).

Alcaldía de Maracaibo – Oficina Municipal de Planificación Urbana (2005). Plan de Desarrollo Urbano de Maracaibo. Ordenanzas. Maracaibo.

Asamblea Nacional Constituyente (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N°. 36.860, Caracas. Venezuela. Fecha: jueves 30 de diciembre 1999.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela -AN (2009b). *Ley Orgánica de los Consejos Comunales.* Gaceta Oficial de República Bolivariana de Venezuela N° 39.335. Fecha: 28 de Diciembre de 2009. Caracas, Venezuela.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela -AN (2010a). *Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno.* Gaceta Oficial N° 5.963 Extraordinario. Fecha: 22 de Febrero de2010. Caracas, Venezuela.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela -AN (2010b). *Ley Orgánica del Poder Popular*. Gaceta Oficial N° 39.578. Fecha: Martes, 21 de diciembre de 2010. Caracas, Venezuela.

Arraiz, M. (ed.) (2001). *Ciudad para la sociedad del siglo XXI*. Valencia, ICARO. Colegio Territorial de Arquitectos de Valencia. España.

Bauman, Z. (2007). *Modernidad Líquida.* Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica. Octava impresión. Argentina.

Bermejo, D. (2005). *Posmodernidad: pluralidad y transversalidad*. Barcelona, Anthropos Editorial España.

Bidart Campos, G. J. (1967). *El Derecho Constitucional del poder*. Buenos Aires, Tomo I. Ediar Sociedad Anónima Editora. Argentina.

Blanco, I.; Gomà R. (2006). "Del gobierno a la gobernanza: oportunidades y retos de un nuevo paradigma". Politika. Revista de Ciencias Sociales nº 2 / Diciembre – 2006. p. 11-27. Universidad del País Vasco. http://bibliotika.org.es/politika_rcs/bi/eng/politika.org.es_n2_blanco-goma.pdf

Brea, J. L. (2006). *Los Estudios Visuales: Por una epistemología de la visualidad*. Madrid, Ediciones Akal SA. España. p .6 - 25.

Calsamiglia, A. (2000). *Cuestiones de Lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*. Barcelona, Ediciones Paidós. Ibérica S.A. España.

Castells, M. (2009). *Communication power*. Oxford, University Press, England.

Carta, M. (2007). *Creative City. Dynamics, innovation, actions*. Barcelona, Editorial Actar. España. Centelles i Portella, J. (2006). *El buen gobierno de la ciudad: estrategias urbanas y política relacional*. Instituto Nacional de Administración Pública; Instituto Internacional de Gobernabilidad de Cataluña. España.

Cortina, A. (2000). *Ética sin moral.* Madrid, Editorial Tecnos. 4ª. Edición. España.

Duverger, M. (1982). *Instituciones políticas y Derecho constitucional*. Barcelona, Editorial Ariel 6ª edición, reimpresión. España.

ECLAC (2010). *Crisis, poscrisis y cambio de época: entre los límites del desarrollo y el desarrollo que nos planteamos.* http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/0/39710/2010-114-SES.33-3_capitulo_I.pdf

Espina Prieto, M. P. (2007). *Complejidad, transdisciplina y metodología de la investigación social.* Revista Internacional Utopía y Praxis Latinoamericana, Sep., Vol 12, N° 38, Centro de Estudios Sociológicos y Antropológicos (CESA). Maracaibo. Astro Data. Venezuela, p. 29 - 43.

Economic Commission for Latin America and the Caribbean –ECLAC- (2011) *Regional Seminar Examines UN"s Changing Role in Global Governance.* [Documento en línea]. Disponible en: http://larc.iisd.org/news/regional-seminar-examines-uns-changing-role-in-global-governance Consultado: julio 2011.

Farinós Dasí, J. (2008). "Gobernanza territorial para el desarrollo sostenible: estado de la cuestión y agenda". Boletín de la A.G.E. N.° 46 - 2008, Valencia, Dpto. de Geografía / Instituto Interuniversitario de Desarrollo Local. Universitat de València - Estudi General P. 11-32.

Ferrater Mora, J. (2001). *Diccionario de Filosofía*. Nueva edición revisada y por el profesor Josep- María Terricabras (Universidad de Gerona). Barcelona, Editorial Ariel España.

Ferrer, M. (2012). *Gobernar la complejidad urbana desde la sostenibilidad*. Tesis Doctoral aprobada ETSII-UPM (España) Julio 2012. En: http://www.tdx.cat/handle/10803/83611

Ferrer y Arroyo, M.; Gómez, N.; Reyes, R. (2011). Política Social, Ciudadanía y Ciudad Hibrida Sostenible (Venezuela). CIUR. INJAVIU. Universidad Javeriana Pontificia de Bogota, Colombia (en edición para ser publicado).

Ferrer y Arroyo, M.; Gómez, N.; Reyes, R. (2009). *Mutaciones político - territoriales y pobreza urbana. Hacia*

el gobierno del poder diluido - centralizado. Cuestiones Políticas, Vol 25. N° 42. Enero – Junio. IEPDP. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Maracaibo, Ediciones Astro Data. p. 13 – 41.

Ferrer y Arroyo, M.; Reyes, R.; Quintero, C.; Gómez, N. (2008). "Entre ciudad hibrida y diluida. Futuros de la ciudad venezolana". Portafolio, Vol. 2, No 18. Revista arbitrada Facultad de Arquitectura y Diseño, Universidad del Zulia. Julio-Diciembre. Maracaibo, Grafipress. Venezuela. P. 190-204.

Ferrer y Arroyo, M. (2005). *GGV: Hacer ciudad, legitimidad y gobernabilidad. Hacia una praxis ética de gobernación local en Venezuela*. En, Revista Espacio Abierto Vol 14 N° 14. Octubre- Diciembre. Maracaibo. Astro Data. Venezuela. p. 631-660.

Grupo de b s 20 (2009). *G-20 Summit: Recovering from the Crisis.*

García Banchs, A. (2010). "Las fases del petropopul smo venezolb no". En, El Universal http://www.elu niversal com/2010/03/30/opi_art_b s-fases-del petrop_30A3665171.shtml

Giddens, A. (2010). *La politica del cambio climatico*. Madrid, Alianza Editorial S. A. España.

Healey, P. (2007). *Urban Complexity and Spatial Strategies. Towards a relational planning for our times*. New York, Routledge. USA.

Hendricks, P.; Betsill, M.; Cheng, T. and Taylor, P. (2009). THE LANDSCAPE OF ENVIRONMENTAL GOVERNANCE RESEARCH. Environmental Governance Working Group. Discussion Paper 1. Department of Political Science and School of Global Environmental Sustainability. Colorado State University. USA

Heinberg, R. y Lerch, D. (2010). *The post carbon reader, managing the 21st. century´s sustainability crises*. California, Published by Watershed media in collaboration with Post Carbon Institute.

USA.Heinelt Legitimacy and urban governance: a cross-national comparative study

Hubert Heinelt, David Sweeting, Panagiōtēs Getimēs (2006). *Legitimacy and urban governance: a cross-national comparative study.* New York. Routledge. Taylor & Francis Group. USA.

Kaufmann, D.; Kraay, A.; Mastruzzi, M. (2010). *The Worldwide Governance Indicators Methodology*

and Analytical Issues. Policy Research Working Paper 5430 [Documento en línea]. Disponible en:http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp Consultado: septiembre, 2010.

Kooiman, J. (2009). *Governing as Governance*. London. Sage Publ cations Ltd. UK.

Kooiman, J. (2005). *Gobernar en Gobernanza*. En, Cerrillo i Martínez, A.í (2005). *LA GOBERNANZA HOY: 10* textos de referencia. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, España. p. 145 - 172. 262 pp.

Kooiman, J. (2004). Gobernar en Gobernanza. Revista Instituciones y Desarrollo No. 16. Barcelona, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya. Espana. P – 171-194.

Leal A. (2010). *Desarrollo Urbano y Vivienda. Maracaibo 1996 - 2010*. Maestría en Vivienda. División de Posgrado FAD - LUZ. Trabajo final de la asignatura "Desarrollo Urbano y Vivienda". Venezuela Lerch (2010). Preface. En, *The post carbon reader, managing the 21st. century´s sustainability crises*. Heinberg, R. y Lerch, D. (editors). California, Published by Watershed media in collaboration with Post Carbon Institute. USA.

Lynn Jr., Laurence E.; Heinrich, C. J. y Hill. C. J. (2002). *Improving Governance.* A New Logic for Empirical Research. George Town University Press.

Márquez - Fernández, Á. B. (2007). *Pensar la Complejidad desde la praxis cognoscente de la racionalidad intersubjetiva.* Utopìa y Praxis Latinoamericana. Sep. 2007, Vol 12, N° 38. p. 99 -106.

Miller, M. K. (2011). "Elections, Information, and Policy Responsiveness in Hybrid Regimes". APSA 2010 Annual Meeting Paper. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=1642274 - Consultado 19-07-2011

Monday Morning –MM Think Tank & Danish Ministry of the Environment (2007). 10 Principles for Sustainable City Governance. Copenhagen Agenda for Sustainable Cities. Copenhagen, Realdania. Denmark.

Morin, E. (2011). *La Vía para el futuro de la humanidad*. Madrid, Paidós. España

Mostafavi, M. & Doherty, (2010). Ecological Urbanism.

OECD Development Centre (2011). Perspectives on Global Development 2012. Social cohesion in a Shifting World. Lounch. Paros, November 2011. OECD Headquarters. [Documento en línea]. Disponible enhttp://www.

oecd-il brary.org/deveb pment/perspectives-on-gb bał deveb pment-2012_persp_gb b_dev-2012-en. Consultado en febrero 2012.

Pereira Pizani, I. (2006). País de informales. En, El Universal, 13 de mayo. [Documento en línea]. Disponible en http://mascotas.eu niversal com/2006/05/13/opi_art_13490B.shtml Consultado en junio 2006

PNUD (2000). 8 Objetivos para el 2015. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.undp.org/content/undp/es/home/mdgoverview.html. Consultado: enero 2008 Real Academia Española (2001). Diccionario de la Legua Española . Vigésima primera Edición.

Rifkin, J. (2009). *The Empathic Civilization. The race to global consciousness in a World in crisis.* New York. Publ sher Penguin Group. USA.

Transparency International (2011). *Corruption Perceptions Index 2011.* [Documento en línea]. Disponible en: http://www.transparency.org/pol cy_research/surveys_indices/cpi Consultado 12-6-2001

The International Institute for Sustainable Development, IIDS. (2010). *Governance for Sustainable Development - Finding a better way*. [Documento en línea]. Disponible en: http://www.iisd.org/ governance/. Consultado: Feb, 2011.

Timoteo Álv arez, Jesús (2005). *Gestión del poder diluido. La construcción de la sociedad mediática (1989-2004)*. Madrid, Pearson Education, S. A.

Zubieta, E. M.; Delfino, G. I. y Fernández, O. D. l. (2010). Clima Social Emocional, Confianza en las Instituciones y Percepción de Problemas Sociales: Un Estudio con Estudiantes Universitarios Urbanos Argentinos. Psykhe 2008, Vol 17. N° 1, pp. 5 - 16. [Documento en línea]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttextypid=S0718-22820080001000002ylng=esynrm=iso>. Consultado: Febrero, 2011.

UN-HABITAT (2003). *The Future of Cities*. United Nations Human Settlements Programme. Report of a parallel event Nairobi.

reALA NUEVA ÉPOCA

REALA, nº 2, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975

DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10189

Legitimidad del proceso de participación popular: una investigación de las prácticas de planificación pública en Brasil

Marco Aurélio Marques Ferreira
Profesor Adjunto de la Universidad Federal de Viçosa (UFV-Brasil)
marcoaurelio@ufv.br

Ambrozina de Abreu Pereira Silva
Profesor Asistente de la Universidad Federal de Ouro Preto (UFOP-Brasil)
ambrozinaap@yahoo.com.br

Anderson de Oliveira Reis
Estudiante de Posgrado en Administración Pública por la Universidad Federal de Viçosa (UFV-Brasil)
anderson.reis@ufv.br

Resumen

Cambios ocurridos en el escenario mundial han exigido nuevos modelos de gestión, imprimiendo una nueva relación entre Estado y Sociedad. En este sentido, existe una tendencia de la Administración Pública, antes considerada cerrada a los ciudadanos, que pasa a privilegiar la participación de estos sujetos en el proceso. En ese contexto, este trabajo tuvo como objetivo verificar cómo y cuándo se ha producido la participación popular en los procesos de elaboración, control y evaluación del Plan de Acción Gubernamental en el nivel estadual del gobierno Brasileño. El estudio utiliza como marco teórico el abordaje democrático-participativo de la Gobernanza, que busca estimular la organización de la sociedad civil y promover la restructuración de los mecanismos de decisión, en favor de una implicación más grande de la población en el control social de la administración pública y en la definición e implementación de políticas públicas.

Palabras Clave
Control, Políticas Públicas, Accountability, Transparencia

Legitimacy of the Citizen Participation Process: an Investigation on Public State Planninfg Practices in Brazil OF

Abstract

Changes that have occurred on the world have required new management models, imposing a new relationship between State and Society. In this sense, there is a tendency of Public Administration, which was considered inaccessible to citizens, to start to favor the participation of the citizens in that process. In this context, the present study aimed to verify how and when the citizen's participation occurred in the processes of elaboration, monitoring and evaluation of the Governmental Action Plan at the State level of the Brazilian government. The study had as its theoretical framework the participatory-democratic approach of the Governance, which seeks to stimulate the civil society organization and promote the restructuring of the decision-making mechanisms, in favor of higher citizen's engagement in activities of social control of the public administration and in the definition and implementation of public policies.

Keywords
Control, Public Policies, Accountability, Transparency.

INTRODUCCIÓN

Cambios ocurridos en el escenario mundial han exigido nuevos modelos de gestión que pretenden mejorar el desempeño de la Administración Pública y del Gobierno, produciendo una nueva relación entre Estado y sociedad. Las reformas gerenciales que ocurren a partir de los años noventa sitúan como problema central la necesidad de redefinir los modelos de gestión pública a partir de nuevos modelos institucionales que permitan ampliar la capacidad de gobernar, la legitimidad política y la eficiencia en la provisión de bienes y servicios para la sociedad.

Se percibe un nuevo posicionamiento del Estado que deja de ser responsable directo del desarrollo económico y social para fortalecerse en la función de promotor y regulador. Diversos servicios públicos fueron delegados al tercer sector y a la iniciativa privada (Bresser-Pereira, 1998).

El Estado comienza a apreciar que solo no es capaz de atender las necesidades de los ciudadanos, reconociendo la necesidad de la contribución del sector privado y del tercer sector para el alcance del bienestar de la sociedad, haciendo que la administración pública pase a estar volcada con el ciudadano y enfocada a la interacción entre Estado, iniciativa privada y tercer sector.

Son entonces utilizados en el escenario de la gestión pública modelos como el democrático-participativo, el cual enfatiza la importancia de la participación de los ciudadanos en el proceso de gestión pública. La Administración Pública que antes era considerada cerrada a los ciudadanos, pasa a privilegiar la participación de estos sujetos en el proceso, así, el ciudadano, pasa de espectador y mero cliente pasivo de las prestaciones materiales de la Administración Pública a sujetos activos en el ciclo de la concepción, implantación y control de políticas públicas.

En ese contexto, el presente trabajo tuvo como objetivo verificar como ha ocurrido y cuál es el nivel de participación popular en los procesos de elaboración, control y evaluación del Plan de Acción Gubernamental en el nivel estadual del Gobierno Brasileño.

Diversos estudios han abordado la temática de participación popular, por ejemplo el trabajo de Grimmelikhuijsen (2012); Costa y Camelo (2010); Milani (2008); Fadul y Mac Allister (2007); Frey (2007); Devas y Grant (2003); Toni (2002); Teixeira, Dagnino y Almeida (2002) y Bovens (1998).

REFERENCIAS TEÓRICAS

En esta sección serán presentados los abordajes teóricos que sustentarán las discusiones propuestas en este trabajo, siendo estas: gestión pública y niveles de participación, que abordará el proceso de compromiso de la sociedad y, de forma complementaria el proceso de gobernanza en el sector público.

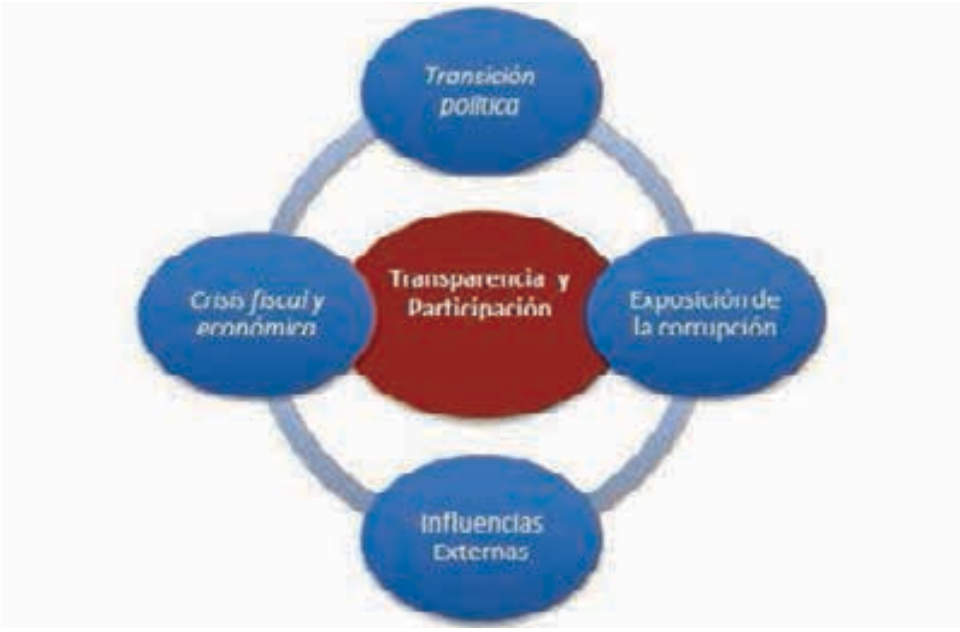
GESTIÓN PÚBLICA Y NIVELES DE PARTICIPACIÓN

Diversos autores, en el mundo, han abordado el creciente proceso de participación y mayor transparencia en el sector público bajo diferentes perspectivas, por ejemplo Goldfrank (2006) que estudia las experiencias de planificación presupuestaria participativa en América Latina; Kolstad y Wiig (2009) que presentan la transparencia como elemento clave en el combate de la corrupción; Prat (2005) que explora las formas erróneas de proponer la transparencia; Premchand (2001) que aborda los enfoques y la realidad en el proceso de transparencia.

Datos de diversas organizaciones, como por ejemplo OVERSEAS DEVELOPMENT INSTITUTE – ODI (2007) han destacado el aumento del proceso de transparencia en el sector público.

De acuerdo con Khagram *et al*. (2013) es posible destacar cuatro factores que en diferentes países impulsaron este proceso, siendo estos: a) La transición política hacia formas más democráticas de gobierno; b) Las crisis económicas y fiscales que forzaron a los gobiernos a implantar alternativas de mayor disciplina fiscal y de mayor exposición de las cuentas públicas; c) La larga exposición de casos de corrupción, lo que abrió espacios para que el ejecutivo y el legislativo introdujesen mecanismos de acceso a las cuentas públicas; y d) La presión externa y popular para la implantación de reformas domésticas (Figura 1).

FIGURA 1: FACTORES CONDICIONANTES DEL PROCESO DE PARTICIPACIÓN



Fuente: Adaptado de Khagram *et al*. (2013).

La comprensión de estos factores nos le va a entender la s ele cciones que fueron hechas por b s árbitros po-l ticos y por la sociedad para la construcción de formas de promoción de la transparencia, cambio de b s procesos de pla nificación y mejora del desempeño en el sector públ co.

De acuerdo con Khagram *et al*. (2013) estos factores interactúan en combinaciones comple jas, para adoptar en b s países diferentes formas de interacción de la sociedad con el gobierno y la administración públ ca, promoviendo o inhibiendo b s avances en el proceso de transparencia y participación.

En base a estos cuatro factores principale s, Khagram *et al* (2013) señala ron, por ejempb , que Brasil estable ció mecanismos y capacidades institucionale s, a fin de garantizar no sób la vasta cantidad de información a b s ciudadanos, sino también de dar la oportunidad para que diferentes actores, puedan involu crarse en el proceso de pla nificación presupuestaria.

Es importante resal ar que Brasil vino experimentando cambios en esos cuatros factores, a b la rgo de la s úl imas décadas.

En materia de transición pol tica, Brasil experimentó una significativa transición, que tuvo como marco el régimen militar (1964-1984), pasando por el régimen democrático y el proceso de ele cciones indirectas (1984-1989), hasta alcanzar un régimen democrático, con elecciones directas en 1989. Resaltando, que la Constitución de 1988 creó b s mecanismos para una mayor impl cación de b s ciudadanos en el proceso de pla nificación públ ca, aunque la s condiciones de impla ntación, no fuesen tan cla ras.

En rela ción a la s crisis económicas, Brasil tuvo que enfrentarse a un la rgo periodo de infla ción y a restricciones presupuestarias que se intensificaron entre la década de b s ochenta y el inicio de b s noventa.

En 1993, Brasil experimentó un gran cambio tras un pla n económico de éxito (el Pla n Real) , que tuvo como objetivo controla r la infla ción. Ese factor estimuló también la participación popula r, principalm ente en b rela tivo al acompañamiento de b s gastos públ cos.

La corrupción, tercer factor, es bien conocida en América Latina, como un todo. En b s úl imos años, especialm ente después de 2003, Brasil pasó por una serie de escándab s de corrupción, involu crando a funcionarios federale s, funcionarios públ cos, pol ticos y también corporaciones. Estos factores señala ban un proble ma de gobernanza y desempeño en el sector públ co, en vista de b s efectos de la corrupción sobre b s indicadores económicos, sociale s y de cal dad de la inversión.

En este sentido, cabe indicar que Kaufmann y Bel er (2005) destacan la contribución positiva de la transparencia para la mejora de b s indicadores de desarrob socioeconómico y humano, así como para reducir la corrup-

ción. Kaufmann y Bel/ er (2005) añaden que en países con el mismo nivel de renta, el que posee un ambiente más transparente, tiende a tener un mejor desempeño gubernamental, especialm ente cuando se trata de prestación de servicios públ cos.

Las presiones externas han sido uno de b s factores más importantes en b s últ imos años, primordialm ente en 2013, con una sucesión de manifestaciones públ cas que tomaron la s cale s de varias ciudades brasile ñas. En esas manifestaciones, la baja cal dad del gasto y de b s servicios públ cos junto a la corrupción fueron alg unos de b s ele mentos por b s que más se protestó. De ahí, la incontestable importancia de la participación popular en el gobierno, especialm ente en el proceso de pla nificación y control de la s poí ticas públ cas.

Hay evidencias de que el país está pasando por una serie de transformaciones en su proceso de planificación e involu cración del ciudadano, guiado por la opinión públ ca y por la s presiones de la iniciativa privada y del tercer sector. Ese proceso podría considerarse como una nueva reforma del Estado, incl nada, principalm ente, hacia la construcción de nuevos medios de interacción con la sociedad civil, aunque no se sepan b s verdaderos propósitos del compromiso popula r, siendo esa la base de la s refle xiones que se deben real zar.

De acuerdo con Frey (2004:123), dos perspectivas principales han determinado el debate en torno a la reforma y la modernización del Estado y la gestión públ ca en Brasil, la gerencial y la democrático-participativa.

Para Farah (2004) y Frey (2007) en el modelo gerencial de la nueva administración pública existe una separación entre la esfera poí tica y la esfera administrativa siendo considerada esencial para garantizar result ados y para estable cer transparencia y condiciones de *accountability*. Se observa por tanto un modelo que busca transferir instrumentos de gerencia empresarial al sector públ co.

Según Frey (2007), en el modelo democrático-participativo, las condiciones de *accountability* serían impul sadas a través de estímul s a la involu cración y a la participación de la sociedad civil organizada y de b s ciudadanos en la formula ción, impla ntación y control de la s poí ticas públ cas.

El autor destaca también que b s distintos model s tienden a funcionar en sistemasd iferentes de imple mentación y evalu ación de la s acciones del gestor públ co, pues, mientras el model gerencial pretende aisla r y proteger al gestor públ co de la s presiones derivadas de la sociedad y la evalu ación se real za sobre su capacidad de alc anzar la s metas estable cidas por el sistema de decisión poí tica, el model democrático-participativo requiere nuevas habil dades del gestor públ co, principalm ente en la rela ción con b s más variados actores poí ticos y sociale s, ganando importancia en este model el proceso en sí de la gestión públ ca, particula rmente en l referente a su carácter democrático.

Por tanto, se observa que mientras que el model gerencial resal a la necesidad de reducción del Estado y la transferencia de instrumentos de gerencia empresarial al sector públ co, el model democrático-participativo destaca la organización de la sociedad civil y la reestructuración de b s mecanismos de decisión, a favor de una mayor involu cración de la pobla ción en el control social de la administración públ ca y en la definición e impla ntación de poí ticas públ cas.

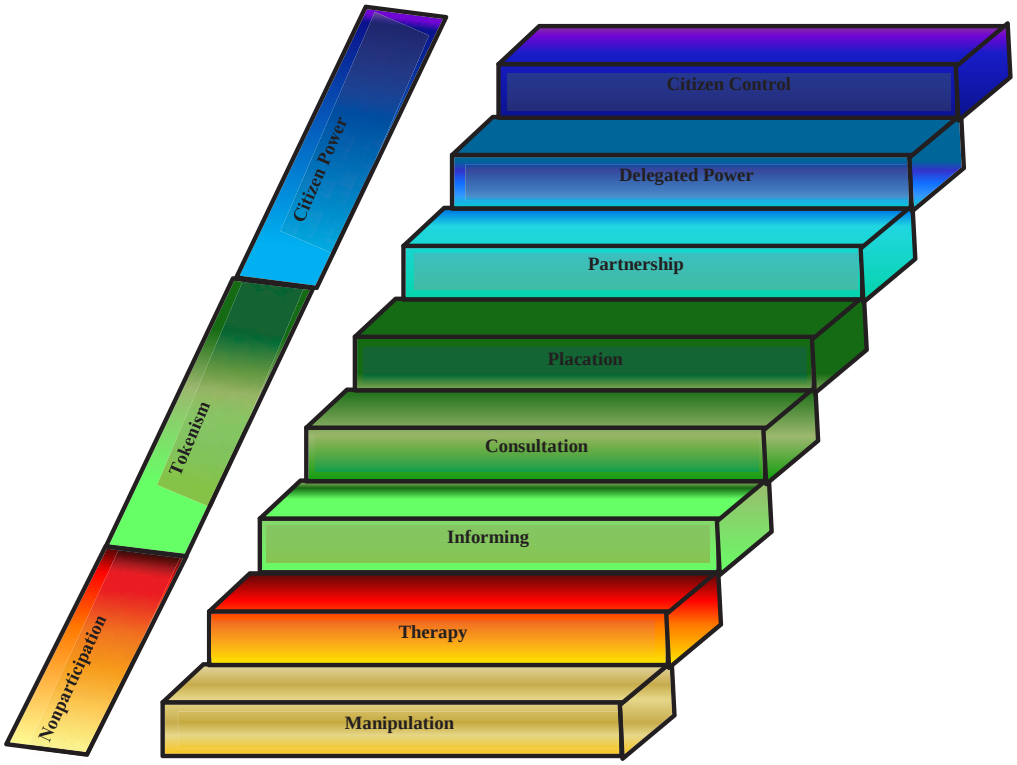
Farah (2004) defiende que un híbrido de innovación en la gestión pública, incluyendo aspectos gerenciales y democráticos, le varía al Estado a presentar incrementos rele vantes en el desarrol de la s poí ticas públ cas.

Dentro de la perspectiva democrático-participativa, en la que la participación social es considerada como una herramienta importante para que se dé la buena gobernanza, Young (2006) destaca su importancia para que la gestión sea de hecho democrática. La autora argumenta, también, que una sociedad que posee foros organizados por el Estado y fomentados por la sociedad civil, donde transcurren la s discusiones sobre poí ticas y que influ yen en procedimientos y decisiones gubernamentale s, es más ple namente democrática.

En este sentido, Souza (2004) se muestra, en su estudio, preocupado con la cal dad de la participación en b s procesos de formula ción e impla ntación de poí ticas públ cas, buscando estable cer medidas para esa participación a partir de adaptaciones de la s medidas propuestas por Arnstein (1969).

La escala propuesta por Arnstein (1969), representada en la Figura 2, fue definida en tres niveles: no-participación, participación simból ca o pseudoparticipación y, poder ciudadano. Estas tres categorías, fueron divididas en ocho nivele s, representados en el formato de una escale ra donde b s escal nes corresponden en nivel creciente, a medida que se sube cada escal n, a la extensión del poder del ciudadano en decidir la s acciones y/o programas.

FIGURA 2: NIVELES DE PARTICIPACIÓN



Fuente: Adaptado de Arnstein (1969).

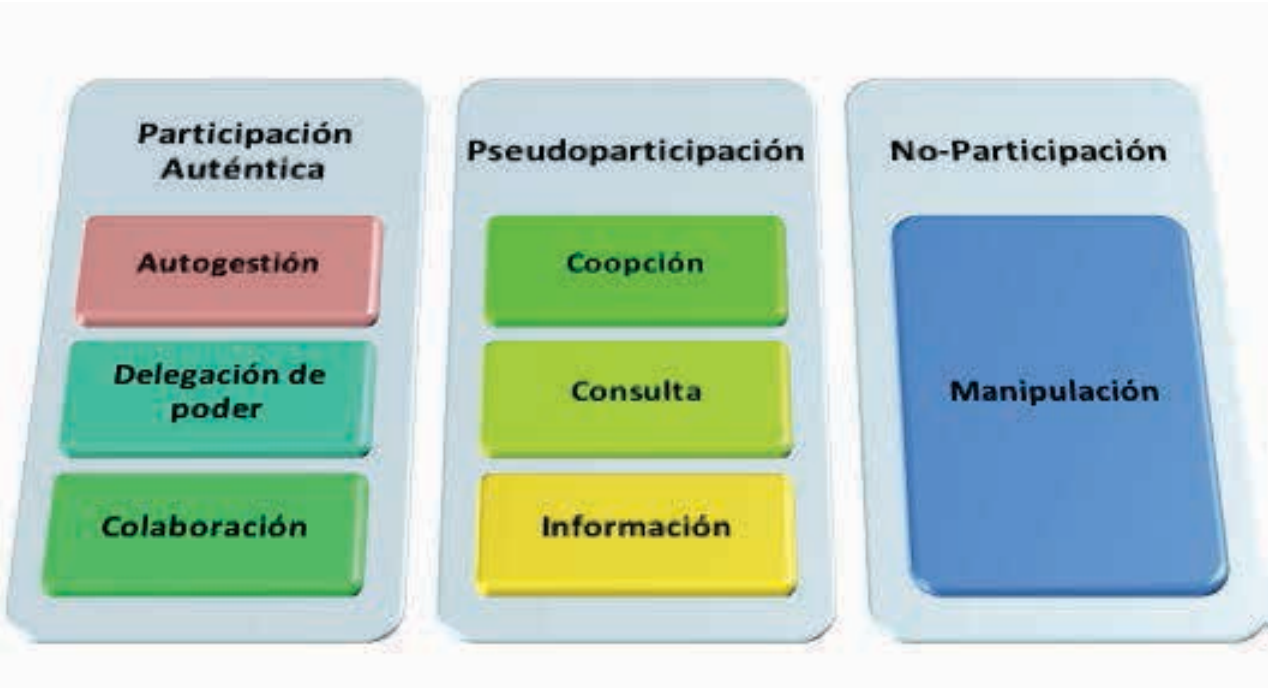
Los dos primeros niveles fueron definidos por Arnstein (1969) como manipulación y terapia, siendo encuadrados en la categoría "no-participación". Su objetivo real es permitir que los que toman las decisiones pudiesen educar o tratar a los participantes. Por tanto, no permiten a la población participar en los procesos de planificación o tomar decisiones en relación a las políticas públicas y programas.

Los tres niveles siguientes fueron denominados información, consulta y pacificación o apaciguamiento, perteneciendo a la categoría Pseudoparticipación. Los niveles información y consulta, permiten una participación limitada. Es decir, los que antes no tenían derecho a participar pueden, ahora, escuchar y ser escuchados. En estos dos niveles, los ciudadanos no tienen poder para asegurar que sus opiniones serán aceptadas por los titulares del poder. En el nivel pacificación, la limitación continúa, los ciudadanos pueden aconsejar a los "poderosos", aunque son estos quienes tomarán la decisión.

Los tres últimos niveles, definidos como colaboración, poder delegado y control ciudadano, son los que permiten al ciudadano obtener una participación efectiva, es decir, alcanzar el llamado por Arnstein (1969) "poder ciudadano". En el nivel colaboración los ciudadanos participan en colaboración, pudiendo negociar, al mismo nivel, con los que detentan el poder. En los niveles poder delegado y control ciudadano, los ciudadanos son mayoría en los foros de toma de decisiones, poseyendo el completo poder gerencial

Souza (2004) efectúa algunas adaptaciones en la escala propuesta por Arnstein (1969), creando una nueva escala de evaluación de los procesos decisorios participativos de planificación y gestión, que va desde la participación auténtica a la no-participación (Figura 3).

FIGURA 3: NIVELES DE PARTICIPACIÓN



Fuente: Adaptado de Souza (2004).

La propuesta de Souza (2004) abarca entonces, tres grados de participación, a saber: 1) No-participación; 2) Pseudoparticipación y 3) Participación Auténtica, que varían de acuerdo con siete categorías (manipulación, información, cooptación, colaboración, delegación de poder y autogestión).

En la categoría manipulación está engbbado el nivel terapia propuesto por Arnstein (1969), que puede ser considerado una variante de manipulación, en la cual no encajarían formas más duras de manipulación, para las cuales Souza (2004) propone su sustitución por la situación de coerción. En esta situación no habría participación, la población involucrada sería inducida a aceptar políticas e intervenciones, perteneciendo al grado de no-participación.

En la categoría de información, las informaciones sobre las políticas e intervenciones son puestas a disposición de la población. En la categoría consulta la población es interrogada sobre políticas e intervenciones por medio de encuestas de opinión, audiencias públicas o similares. La categoría cooptación correspondería al nivel pacificación propuesto por Arnstein (1969). En esta categoría la población es cooptada (consultada, escuchada sistemáticamente) en relación a políticas e intervenciones, a través de canales e instancias permanentes de participación. Esas tres categorías serían pertenecientes al grado de Pseudoparticipación, por tratarse de una participación considerada aún limitada en relación a la planificación e implantación de políticas públicas.

Por último, estarían situadas las tres categorías, donde según Souza (2004), se alcanzaría el grado de participación auténtica o participación efectiva. Estas tres categorías serían colaboración, delegación de poder y autogestión. La categoría de autogestión correspondería al nivel entendido como "control ciudadano". En esta categoría, las políticas e intervenciones son conducidas de modo autogestionario por la población como sociedad civil, con la total ausencia del Estado. En la categoría delegación del poder, el Estado abdica de atribuciones, relativas a políticas e intervenciones, en favor de la población, como sociedad civil, actuando en cogestión con la misma. Ya en la categoría colaboración, la sociedad civil y el Estado colaboran en políticas e intervenciones, dividiendo responsabilidades, aunque mantengan sus atribuciones formales.

La aplicación de este modelo en la comprensión de la involucración del ciudadano en el proceso de planificación abre la perspectiva para la comprensión de nuevas formas de gobernanza en el sector público, así como

permite evaluar la calidad de esa interacción.

LA GOBERNANZA Y LA PLANIFICACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO

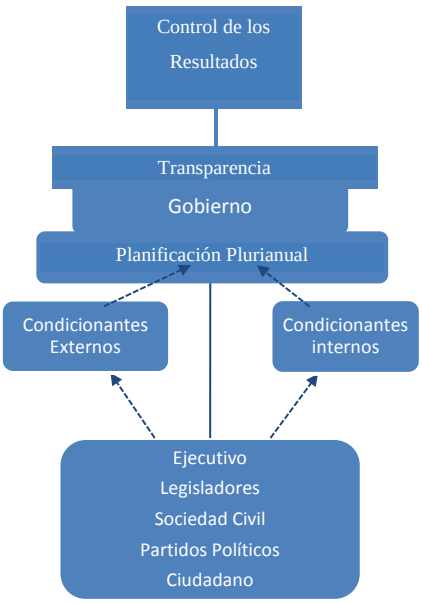
El término "Gobernanza corporativa" tiene su origen en el sector privado y en sus concepciones tradicionalmente enfocadas a la relación empresa-accionistas (Lethbridge, 1997). Sin embargo, cada vez más, definiciones de gobernanza corporativa han enfatizado en un conjunto más amplio de relaciones para incluir aquellas involucradas en la organización o afectadas por la misma, como funcionarios, directores, proveedores, accionistas y partes interesadas, clientes y comunidades locales, los *stakeholders*.

En el proceso de planificación diversos autores han destacado los diseños de gobernanza en el sector público, como Timmers (2000) y Barret (2005). Hay evidencias en la literatura sobre los efectos positivos de la transparencia sobre la Gobernanza en el sector público (ISLAM, 2003).

La Organization for Economic Co-Operation and Development – OCDE (2004:11) tiene una visión amplia de la gobernanza corporativa y la define como el conjunto de relaciones entre la gestión de una empresa, su consejo de administración, sus accionistas y otras partes interesadas. Esta proporciona la estructura a través de la cual son definidos los objetivos de la empresa y los medios para alcanzar los objetivos y controlar el desempeño. De ahí el propósito de discutir gobernanza en el proceso de planificación en el sector público.

Es decir, por ser la transparencia parte importante del proceso de planificación, el ciudadano debe ejecutar un doble papel, ser protagonista y beneficiario de las acciones del Estado. Sin embargo, para que eso ocurra debe tenerse en mente la construcción de un nuevo modelo de gobernanza que sostenga la planificación multiprotagonizada, conforme a lo esbozado en la Figura 4.

FIGURA 4: MODELO DE PLANIFICACIÓN MULTIPROTAGONIZADA EN EL SECTOR PÚBLICO



Fuente: Elaborada por los autores.

Para Matias-Pereira (2010) la gobernanza en las organizaciones públicas y privadas presenta significativas similitudes como: la separación entre propiedad y gestión, los instrumentos definidores de responsabilidades y poder y el acompañamiento e incentivo en la ejecución de las políticas y objetivos definidos, entre otros. El autor destaca también que la gobernanza en el sector público está orientada hacia las formas de interacción en las relaciones de poder entre el Estado, el gobierno y la sociedad, dedicando especial atención a los procesos de cooperación y a los mecanismos para estimular las relaciones entre los principales actores involucrados en este esfuerzo, el gobierno y los *stakeholders* (sector privado, tercer sector y sociedad).

Basándonos en este enfoque, se pueden comprender las iniciativas de planificación como proceso de ejecución del gobierno, pero que se apoya, principalmente en el compromiso social y en el entrelazado de relaciones

entre diferentes actores, cuya formulación y ejecución dependen también de un conjunto de factores externos e internos.

Algunos de estos factores son ampliamente discutidos en la literatura, por un número creciente de trabajos, aunque pocos de ellos se dediquen atención a los desafíos de la implantación de la planificación plurianual como forma de promoción de una nueva estructura de gobernanza comprometida con resultados a largo plazo. No siendo tampoco identificados trabajos que exploren el PPA más allá de las vertientes formales de la planificación.

Ese proceso gana mayor dimensión cuando le es atribuido el carácter de transparencia y un proceso de accountability frutos de la gobernanza pública. Timmers (2000) presenta cuatro elementos en ese proceso de gobernanza, a saber: la Administración (realizar objetivos por medio de la estructuración y desarrollo de procesos); el Control (sistema de medidas y procedimientos implantados y mantenidos); la Supervisión (garantizando que los objetivos de la organización los sean en beneficio de la sociedad) y; Accountability (deber de proporcionar información sobre todas las tareas y poderes delegados).

Respecto a los resultados deseados en el sector público, la gobernanza aspira a la mejora de los procesos y resultados y al compromiso de los actores.

METODOLOGÍA

El esquema metodológico adoptado en esta investigación está presentado en dos partes, siendo estas: a) Fuente de datos y periodo de investigación y b) Procedimientos metodológicos.

Como fuente de datos fueron utilizados diferentes instrumentos de recogida de datos en Ciencias Sociales Aplicadas, los cuales serán descritos en este trabajo.

El análisis incluyó, esencialmente, la producción de un estudio de caso sobre la participación popular en la Planificación Pública del Gobierno de Minas Gerais (PPAG) durante el periodo 2012-2015.

FUENTE DE DATOS Y PERIODO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se realizó basándonos en tres fuentes de datos fundamentales: documentos oficiales, observación participante y entrevistas. Como fuentes documentales fueron utilizados el Plan de Acción Gubernamental 2012-2015, e informaciones públicas disponibles en las páginas web de la Secretaria de Estado de Planificación y Gestión de Minas Gerais y de la Asamblea Legislativa de Minas Gerais referentes a la planificación estatal.

En este estudio fueron utilizados diferentes tipos de entrevista, siguiendo la nomenclatura propuesta por Marconi y Lakatos (2009). La entrevista estandarizada o estructurada en que se sigue un guion, en la que el entrevistador ya posee preguntas previamente definidas. Y la entrevista no estructurada, sin guion modelo, donde el investigador puede dirigir cada situación de la forma que considere más adecuada, permitiendo explorar las cuestiones de una forma más extensa.

Las entrevistas fueron realizadas a actores clave en la planificación en Minas Gerais, incluyendo a la Secretaria de Estado de Planificación y Gestión de Minas Gerais, Legisladores mineros, Representante de la Comisión de Participación Popular y la Consultoría de la Asamblea Legislativa de Minas Gerais.

Los actores entrevistados fueron (i) Subsecretario de Planificación, Presupuesto y Calidad del Gasto; (ii) Representante de la Subsecretaría de Gestión de la Estrategia Gubernamental; (iii) Consultora de Finanzas y Presupuesto de la Asamblea Legislativa; (iv) Consultora de Acompañamiento y Evaluación de Políticas Públicas de la Asamblea Legislativa; (v) Presidente de la Comisión de Participación Popular de la Asamblea Legislativa; (vi) Director de Procesos Legislativos; (vii) Diputados pertenecientes y no pertenecientes a la base aliada del Gobierno.

Fue utilizada también, la técnica de observación participante, mediante la presencia en una audiencia pública con participación popular, pretendiendo captar el proceso de conducción de las actividades de control, comunicación de las metas y resultados y de promoción del compromiso popular.

La Figura 5 resume las estrategias de recogida de datos, esbozando el público y los instrumentos utilizados en las diferentes etapas de la investigación.

FIGURA 5: TÉCNICAS DE RECOGIDA DE DATOS

Fuente: Elaborada por los autores.

ESTUDIO DE CASO

El estudio de caso fue escogido como técnica metodológica central de este trabajo. El estudio de caso es una técnica de investigación empírica que busca explicar fenómenos contemporáneos dentro de un contexto determinado, principalmente si los límites entre el fenómeno y el contexto no están debidamente definidos (Yin, 2001:32). Según Gil (2010:51) el estudio de caso tiene como característica el estudio profundo y exhaustivo de un determinado objeto con la intención de permitir su conocimiento de manera amplia y detallada.

La producción del estudio de caso tuvo como foco el proceso de participación popular en el proceso de gestión en el Estado de Minas Gerais.

RESULTADOS Y DISCUSIONES

La Asamblea Legislativa de Minas Gerais desde el inicio de la década de los noventa procura desarrollar actividades que promuevan el debate entre diversos segmentos de la sociedad sobre aspectos de la planificación en el ámbito estatal. Aunque la regionalización aún sea incipiente, Fleury (2009) destaca que esas actividades abarcan desde grandes eventos institucionales como seminarios legislativos, ciclo de debates y Foros hasta visitas y audiencias públicas promovidas por las comisiones permanentes tanto en la capital como en el interior.

La Resolución nº 5.117, aprobada en 1992, abordaba específicamente el proceso de las audiencias públicas en el Estado. En 1997 la participación de la sociedad tenía un reconocimiento institucional y la ampliación del proceso es objeto específico del Título VIII del reglamento interno de la Asamblea Legislativa (FLEURY, 2009).

Entre los años 1996-1998 la discusión en la Asamblea Legislativa era en torno a la naturaleza de la participación popular. Fleury (2009) destaca que a finales del año 1996 se tramitó un proyecto de ley que "confería a las entidades populares implicadas en el proceso presupuestario la competencia para definir, dentro de los límites prefijados por el Ejecutivo, las acciones y obras a ser ejecutadas". Se buscaba de esa manera una democracia menos centralizada y más participativa.

Después de muchas discusiones el proyecto fue aprobado con sus propuestas originales asegurando que la participación popular tendría naturaleza deliberativa. Sin embargo, Fleury (2009) destaca que la aprobación no garantizó la eficacia del proceso de elaboración participativa del presupuesto.

En 1999, primer año de gobierno de Itamar Franco, fueron realizadas audiencias públicas de planificación en todas las regiones del Estado. No obstante, Fleury (2009) apunta que como las propuestas definidas, incluidas en el presupuesto estatal no fueron ejecutadas plenamente, la asamblea acabó por suspender el proceso en los años siguientes.

Después de ese episodio la participación popular vuelve a tener relevancia en la asamblea, con la creación en 2003, durante el primer año del gobierno Aécio Neves, de la Comisión de Participación Popular que abría la posibilidad de intervención de la sociedad civil, junto a la Asamblea Legislativa en la elaboración de la planificación y presupuesto estatal.

Más tarde, a partir de 2003, se inaugura la Asamblea Legislativa do Estado de Minas Gerais – ALMG, a través de la Comisión de Participación Popular en colaboración con la Secretaría de Estado de Planificación y Gestión, el

proceso de revisión popular del PPAG, es decir, el proceso de discusión popular del Plan Plurianual de Acción Gubernamental (PPAG), con la realización de audiencias públicas específicas para la presentación de propuestas de enmienda a los programas y proyectos que componen el PPAG.

Se observa entonces, el esfuerzo por implantar una forma de gestión pública democrático-participativa en el Estado de Minas Gerais, con el modelo de lo que Frey (2007) definió como democrático-participativo, en el que las condiciones de *accountability* serían fomentadas a través de la realización de estímulos a la implicación y participación de la sociedad civil organizada y de los ciudadanos en la formulación, implantación y control de las políticas públicas.

Dentro de la perspectiva democrático-participativa, en la que la participación social es considerada como una herramienta importante para que la buena gobernanza ocurra, fueron analizados los estímulos a la participación popular utilizados por órganos del ejecutivo y del legislativo del Estado.

Sin embargo, actores que influyen en la planificación en el ámbito del poder ejecutivo declararon que la Secretaría de Estado de Planificación y Gestión (SEPLAG) del Estado de Minas Gerais no posee canales institucionales que permitan la intervención efectiva de la sociedad civil en el proceso de elaboración, control y evaluación del PPAG. Aun así, existe un proyecto piloto que ha sido desarrollado por la SEPLAG, donde fueron realizados foros regionales en dos de las diez regiones administrativas, lo que demuestra que el poder ejecutivo se ha preocupado de crear canales de participación de la sociedad civil

El canal de participación de la sociedad civil que presenta mayor efectividad y que tiene mayor relevancia es el desarrollado por la Asamblea Legislativa del Estado de Minas Gerais, a través de la Comisión de Participación Popular.

La Comisión de Participación Popular (CPP) fue creada en junio de 2003, durante el primer gobierno de Aécio Neves, en un intento de ampliar la participación directa del ciudadano en los trabajos legislativos. Corresponde a la comisión recibir y apreciar proposiciones procedentes de la sociedad que puede, incluso, presentar proyectos de ley y enmiendas a proyectos de ley, además de solicitar audiencias públicas y otras actividades legislativas.

La CPP es una comisión permanente de la Asamblea Legislativa y su creación fue inspirada en la Comisión de Legislación Participativa de la Cámara de los Diputados, por ello, posee un funcionamiento similar a la misma.

La sociedad civil puede presentar a la CPP propuestas de corrección de los trabajos legislativos y proposiciones de acciones legislativas tales como enmiendas a proyectos de ley en tramitación, proyectos de ley, solicitud de audiencia pública y consulta pública.

La CPP ofrece nuevas posibilidades de participación a la sociedad civil siendo un instrumento más del Legislativo minero para fortalecer la democracia. Se trata de un instrumento que debe ser institucionalizado, siendo necesaria una colaboración con el gobierno del Estado.

La Comisión de Participación Popular tiene la función de recoger propuestas de la sociedad para que sean analizadas y, si procede, ser incorporadas al PPAG. Cabe resaltar que la participación de la sociedad civil puede darse a través de propuesta directa enviada a la Comisión de Participación Popular, y/o en las audiencias públicas de monitorización y/o en las de revisión del PPAG.

A partir de 2009, debido a la aprobación de la enmienda al proyecto de ley de revisión del PPAG 2008-2011, para el ejercicio 2009, la Asamblea junto al Gobierno, vienen debatiendo con la sociedad la monitorización de la planificación del Estado.

En las audiencias públicas de control, que ocurren normalmente en junio, es presentada la ejecución física y financiera de las acciones que están siendo implantadas a través de los programas del gobierno para que la sociedad civil acompañe la ejecución de las políticas públicas. Al final de cada presentación, el micrófono queda abierto a todos para cualquier cuestión referente a la ejecución.

En el año 2012 hubo observación participante durante las audiencias de control, en un intento de percibir cómo ocurre el proceso y si hay participación directa de la sociedad civil y sus representantes en las audiencias.

Se apreció que hay participación efectiva, de la sociedad civil, durante el control de la ejecución de los programas del PPAG, una vez que representantes de entidades relacionadas a las temáticas analizadas estaban presentes y participaron de las discusiones.

Además de asegurada la participación popular en las audiencias de control, la misma es garantizada también en las audiencias de revisión del PPAG que ocurren entre los meses de octubre y noviembre de cada año.

La propuesta del PPAG es acordada por la SEPLAG, hasta el día 30 de septiembre de cada año y enviada a la asamblea. Una vez recibida la propuesta, la ALMG efectúa el análisis y construye una sistemática de discusión, que desde 2011 es realizada en las comisiones de la propia asamblea, contando con la participación creciente de los diputados, y a partir de ahí el PPAG es discutido junto a la sociedad civil en las audiencias de revisión.

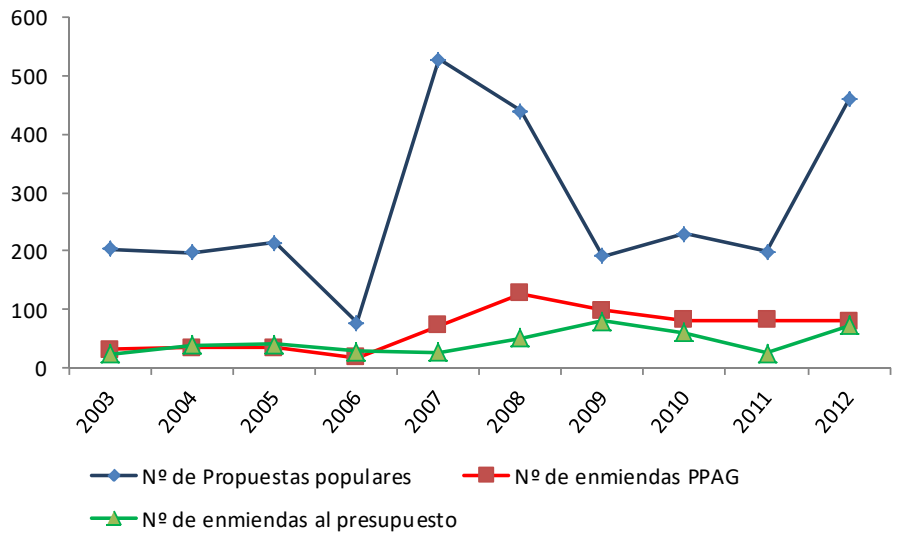
Durante las audiencias púbicas de revisión, la población puede presentar propuestas de enmienda al PPAG y después de esas audiencias, la SEPLAG se reúne con los consultores de la asamblea, con los representantes de las áreas temáticas y con los diputados que tengan interés y quieran participar de ese proceso. En esa reunión son discutidas esas propuestas, no en el sentido de vetarlas, sino de evaluar su viabilidad como enmiendas al PPAG.

Las audiencias de revisión del PPAG, en 2012, se realizaron entre los meses de octubre y noviembre en el interior y en la capital del estado. Las audiencias públicas fueron realizadas divididas por áreas temáticas, según las redes de desarrollo integrado propuestas en el plan.

Cabe destacar que en la revisión del PPAG 2012-2015, en el ejercicio 2013, fueron presentadas, entre octubre y noviembre, 460 propuestas de iniciativa popular en las audiencias públicas. Esas sugerencias dieron lugar a 195 propuestas de acción legislativa (PLEs), que se convirtieron en 80 enmiendas al PPAG y 73 enmiendas a la Ley Presupuestaria, con un impacto financiero de 13 millones.

La Figura 6 ilustra la participación popular en la proposición de enmiendas así como la adhesión por parte del ejecutivo a dichas enmiendas.

FIGURA 6: PARTICIPACIÓN POPULAR EN LA PROPOSICIÓN DE ENMIENDAS Y ADHESIÓN DEL EJECUTIVO



Fuente: Elaborada por los autores.

Se observa que la sociedad civil ha propuesto innumerables enmiendas y que el volumen aceptado es considerable, dado que la aceptación o no de una enmienda depende de diversos factores, que van desde la voluntad gubernamental o la disponibilidad presupuestaria hasta la pertinencia de la propuesta.

Como se resaltó anteriormente la Asamblea, buscando mayor participación popular, ha realizado audiencias regionalizadas, para discutir la revisión del PPAG, en las 10 regiones administrativas. La elección de los municipios se produce generalmente en función del tamaño de la ciudad y de la indicación de los parlamentarios, por eso generalmente estas audiencias acontecen en ciudades-centrales. En estas audiencias, las entidades representativas de la sociedad civil presentan propuestas, que serán analizadas por la ALMG y si fuera posible serán adicionadas al PPAG y al presupuesto.

Cada propuesta es analizada y traducida como pieza presupuestaria por el cuerpo técnico de la ALMG y enviada a la CPP. En el caso de que sea juzgada como pertinente por la Comisión de Participación Popular, la misma es presentada como enmienda en el formato que fue sugerido por el cuerpo técnico de la ALMG. Tras el análisis de la Comisión de Fiscalización Financiera, esa enmienda es presentada al proyecto de ley de revisión del PPAG como las enmiendas de los demás parlamentarios.

La realización de audiencias y foros viene a reforzar la gestión democrática pues de acuerdo con Young (2006) una sociedad que posee foros organizados por el estado y fomentados por la sociedad civil, donde transcurren las discusiones sobre políticas, y que influyen en los procedimientos y decisiones gubernamentales, es más plenamente democrática.

A medida que esos foros generan discusiones, por medio de la participación de la sociedad civil en el PPA, que alteran en el ejecutivo el proceso de planificación, se da un proceso de innovación en la relación entre sociedad civil y gobierno.

Hay que destacar que esos avances coincidieron con la implantación, por el gobierno estatal de Minas Gerais, de un modelo gerencial basado en incentivos, contratos de objetivos y desempeño, conocido como "choque de gestión".

Esos avances podrían apuntar a la implantación del modelo híbrido preconizado por Farah (2004), basado en aspectos gerenciales y democráticos, con impacto sobre la calidad de las políticas públicas.

Por otro lado, la participación no es todo. Es importante también analizar cuál es el nivel de calidad de la participación en procesos de formulación e implantación de políticas públicas.

En el Estado de Minas Gerais la información relativa a la planificación es puesta a disposición de la población a través de portales tanto del legislativo como del ejecutivo.

Los informes de control son emitidos bimestralmente, siendo producidos seis informes institucionales de control del PPAG anualmente, que organizan la información bimestralmente, de forma acumulativa. Así, el último informe presenta información sobre la ejecución de objetivos físicos y financieros de todo el ejercicio. Esos informes están disponibles en la página web de la SEPLAG. En dicha página, se encuentra disponible información sobre el número de enmiendas propuestas e incorporadas al PPAG.

Se observa en este caso, que la participación se encuentra en la categoría denominada por Souza (2004) "información", en la que la información sobre las políticas e intervenciones es puesta a disposición de la población.

La realización de audiencias de control y revisión y foros, por el legislativo y el ejecutivo, donde la población es interrogada sobre políticas e intervenciones demuestra la existencia de la categoría de participación "consulta".

La creación de la Comisión de Participación Popular, que puede ser considerada un canal permanente de participación, que permite a la población ser consultada y escuchada sistemáticamente, representa la categoría "cooptación".

Se observa entonces, que la participación popular en el estado analizado se encuentra en el nivel dos de la escala propuesta por Arnstein (1969) y adaptada por Souza (2004), ocurriendo entonces una "Pseudoparticipación", pues las tres categorías encontradas serían pertenecientes al grado de Pseudoparticipación, por tratarse de una participación considerada aún limitada en relación a la planificación e implantación de políticas públicas.

Aunque la participación social en el estado sea encuadrada en el nivel o grado de "pseudoparticipación", se observan pasos en dirección al nivel de "participación auténtica", una vez que el estado ha buscado establecer una colaboración con la sociedad civil, para la elaboración de políticas e intervenciones. Además, se observan trazos indicativos de la categoría "Colaboración" a través de la apertura a propuestas de enmiendas por parte de la sociedad y de la incorporación de esas enmiendas en la planificación.

Consideraciones finales

Este estudio tuvo como objetivo verificar cómo ha ocurrido y cuál es el nivel de participación popular en los procesos de elaboración, control y evaluación del Plan de Acción Gubernamental en la esfera estadual del gobierno Brasileño.

De entre los principales resultados, destaca el hecho de que el Legislativo ofrezca canales que estimulen la participación popular en el proceso de planificación del estado, principalmente a partir de la creación de la Comisión de Participación Popular (CPP), en el año 2003. En la elaboración de la Planificación Plurianual de Acción del Gobierno (2012-2015), hubo también un esfuerzo del ejecutivo, de inserción de la sociedad civil, a través de la realización de audiencias en dos regiones del estado, donde los participantes pudieran expresar las prioridades de la región.

Por tanto, la participación popular se ha producido a través de diversos canales, como: audiencias públicas efectuadas por el ejecutivo en las regiones de planificación; propuestas directas de la sociedad a la Comisión de Participación Popular; y, audiencias públicas de control y/o de revisión del Plan Plurianual de Acción Gubernamental.

Se observa que el nivel de participación apunta en dirección a la "participación auténtica" en el Estado de Minas Gerais, puesto que se observa la existencia de la categoría de participación auténtica "Colaboración".

Ante la naturaleza representativa del gobierno brasileño, parece posible apenas el alcance del grado de "participación auténtica" de las categorías "colaboración" y "poder delegado", siendo la "autogestión" un ideal utópico para el nivel de desarrollo de la democracia brasileña.

Sin embargo, es oportuno registrar que ha ocurrido en la gestión pública del estado de Minas Gerais una legitimación o incluso una institucionalización de la participación popular que, aunque pueda ser vista como un punto positivo carece de la mayor implicación del ciudadano, una vez que la mayor implicación sistemática es de entidades representativas de la sociedad civil. Tal práctica de participación no afecta a la legitimidad del proceso, pero suscita cuestiones sobre la calidad pública de los intereses defendidos, lo que abre espacio para nuevas cuestiones, con implicaciones en la propagación de conocimientos acumulados en la literatura internacional del área.

BIBLIOGRAFÍA

ARNSTEIN, S. R. (1969): "The ladder of citizen participation", *Journal of the American Institute of Planners*, Boston, v.3, n.4, pags.216-224.

BARRET, P. (2005): *Achieving better practice corporate governance in the public sector.* AM Auditor General for Australia. Disponible en: <http://www.anao.gov.au>. Acceso: 20 jun. 2012.

BOVENS, M. (1998): *The quest for responsibility: Accountability and citizenship in complex organisations*. Cambridge University Press.

BRESSER-PEREIRA, L.C. (1998): "Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado", en BRESSER PEREIRA, L.C.; SPINK, P. *Reforma do Estado e administração pública gerencial.* Rio de Janeiro: FGV, pags. 21-38.

COSTA, L. F. L. G.; CAMELO, G. L. P. (2010): "Gestão Pública Participativa: Aspectos de Governabilidade e Interação Político-Social", *HOLOS*, Ano 26, Vol 2., pags.131-141.

DEVAS, N., y GRANT, U. (2003): "Local government decision-making—citizen participation and local accountability: some evidence from Kenya and Uganda", *Public Administration and Development*, 23(4), pags. 307-316.

FADUL, E. y MAC-ALLISTER, M. (2007): "Participação, Governabilidade e Governança Nos Processo Decisórios das Conferências das Cidades", en *XII Encontro Da Associação Nacional De Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional*. Belém, Pará, 21 a 25 de mayo.

FARAH, M. F. S. (2004): "Inovação e Governo Local do Brasil Contemporâneo" en JACOBI, P.; PINHEIRO, J. A. *Inovação do Campo da Gestão Publica Local: Novos desafios, novos patamares*. Rio de Janeiro: FGV Editora, pags. 42-75.

FLEURY, S. J. F. (2009): "A participação da sociedade no planejamento estadual: avanços e desafios" en OLIVEIRA, Myriam Costa de (Org). *A Assembleia de Minas e a construção coletiva de políticas públicas: eventos institucionais.* Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

FREY, K. (2004): "Governança interativa: uma concepção para compreender a gestão pública participativa?", *Revista Política & Sociedade*, n. 5, pags. 117-136, octubre.

FREY, K. (2007): " Governança Urbana e Participação Pública", *RAC-Eletrônica*, v. 1, n. 1, p. 136-150, Jan./Abr.

GIL, A. C. (2010): *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas.

GOLDFRANK, B. (2006): "Lessons from Latin American Experience in Participatory Budgeting", *Presentation at the Latin American Studies Association Meeting*, San Juan, Puerto Rico, March 2006.

GRIMMELIKHUIJSEN, S. (2012): "A good man but a bad wizard. About the limits and future of transparency of democratic governments", *Information Polity: The International Journal Of Government & Democracy In The Information Age*, 17(3/4), pags. 293-302.

ISLAM, R. (2003): "Do More Transparent Governments Govern Better?", *World Bank Policy Research Working Paper* 3077, Washington DC: World Bank.

KAUFMANN, D. y BELLVER, A. (2005): "Transparenting Transparency: Initial Empirics and Policy Applications", *World Bank Institute Working Paper*, Washington DC: World Bank.

KHAGRAM, S.; FUNG, A. DE RENZIO, P. (2013): *Open Budgets: The Political Economy of Transparency, Participation, and Accountability*. Washington, D.C. Brookings Inst Pr. 264 p .

KOLSTAD, I. AND WIIG, A. (2009): "Is Transparency the Key to Reducing Corruption in Resource-Rich Countries?", *World Development* 37 (3), pags. 521-532.

LETHBRIDGE, Eric (1997): "Governança Corporativa", *Revista BNDES*, n.8, dezembro.

MARCONI, M. A., LAKATOS, E. M. (2009): *Fundamentos de Metodologia Científica*. 6 ed. São Paulo: Atlas.

MATIAS-PEREIRA, J. (2010): *A governança corporativa aplicada no setor público brasileiro*. APGS, Viçosa, v.2, n.1, pags. 109-134, jan./mar.

MILANI, C. R. S. (2008): "O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias", *RAP* - Rio de Janeiro,42(3), pags. 551-579, maio/junho.

MINAS GERAIS (1992): Resolução nº 5117, de 13 de julho de 1992. Dispõe sobre normas complementares ao Regimento Interno para a realização de Audiências Públicas Regionais de Comissão Permanente da Assembleia Legislativa. Belo Horizonte, 1992. Disponible en: < http://hera.almg.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=NJMG&u=http://www.almg.gov.br/njmg/chama_pesquisa.asp&SECT7=LINKON&p=1&r=1&l=1&f=G&s1=resolucao+5117+1992.norm.>. Acceso: 12 enero 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD (2004): *OCDE Principles of Corporate Governance.* Disponible en: http://www.oecd.org/corporate/corporateaffairs/corporategovernanceprinciple s/31557724.pdf. Acceso: 20 mayo 2012.

OVERSEAS DEVELOPMENT INSTITUTE (ODI) (2007): "Budget monitoring and policy influence". *Briefing Paper* 16, London. 3 p.

PRAT, A. (2005): "The wrong kind of transparency", *American Economic Review* 95 (3), pags. 862–877.

PREMCHAND, A. (2001): "Fiscal Transparency and Accountability, Idea and Reality", *Paper prepared for the workshop on Financial Management and Accountability*, Rome.

SOUZA, M. L. de (2004): *Mudar a Cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil

TEIXEIRA, A. C., DAGNINO, E. & ALMEIDA C. C. (2002): "La constitución de la sociedad civil en Brasil" en DAGNINO, E. (org.), *Sociedad Civil, Espacios Públicos y Democratización: Brasil*. México: Fondo de Cultura Económica, pags. 21-76.

TIMMERS, Hans (2000): *Government Governance: Corporate governance in the public sector, why and how?* The Netherlands Ministry of Finance 9th fee Public Sector Conference. Disponible en: <http://www.ecgi.org/codes/documents/publ c_sector.pdf>. Acceso: 22/08/2012.

TONI, J. (2002): "Governança participativa e planejamento de longo prazo: o caso do governo do estado do Rio Grande do Sul, Brasil" en *VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública,* Lisboa, Portugal, 8-11 Oct.

YIN, R. K (2011): *Estudo de Caso: Planejamento e Método*. 2. ed. São Paulo: Bookman.

YOUNG, I. M. (2006): "Representação política, identidade e minorias", *Lua Nova*, São Paulo, n.67, pags.139-190.

reALA NUEVA ÉPOCA

REALA, nº 2 julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975
DOI: http://dx.doi.org/10.24965/reala.v0i2.10200

GUICHOT, E. (Coordinador): *Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno, Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Ed. Tecnos, Madrid, 2014, 383 págs.

La circulación y el contraste de la información sobre la organización de los poderes públicos, la actividad administrativa o el gasto público es absolutamente necesaria para la creación de una opinión pública que pueda decidir su propio destino como sociedad, controlando la actuación del poder y participando activamente en su ejercicio.

Estos son los presupuestos que han llevado a una práctica generalización en la aprobación de leyes de acceso a la información pública a nivel mundial, en la que los países más desarrollados económica y socialmente han actuado como pioneros. Se han aprobado también instrumentos regionales, entre los que destaca el Convenio Europeo sobre Acceso a los Documentos Públicos, adoptado por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa, el 27 de noviembre de 2008, y abierto a la firma desde el 18 de junio de 2009, que, junto a la legislación de algunos países europeos de nuestro entorno, ha tenido una gran influencia en la redacción de la recientemente aprobada Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

Se trata de una ley largamente esperada. Incluida como proyecto en todos los programas políticos de los partidos concurrentes a las últimas elecciones generales, figuraba en todos ellos como un instrumento esencial de profundización y regeneración democrática. Tras el fracasado proyecto de Ley del último Gobierno Zapatero, anunciado en el verano de 2010, la tramitación del proyecto popular que culminó en la Ley 19/2013 fue seguida y debatida en múltiples foros: medios de comunicación, instituciones públicas, Universidades, organizaciones no gubernamentales, entre otros. En consideración a su espíritu democratizador y a la clave participativa de su objeto, dicha tramitación tuvo diversas particularidades. Entre ellas una consulta pública, la creación de un grupo de expertos para su estudio y para la formulación de propuestas en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y la comparecencia de expertos ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados. Los debates parlamentarios fueron también intensos y apasionados: las palabras "regeneración democrática" y "corrupción" se repitieron significativamente, y se aludió a "una ley necesaria e inaplazable" y "una de las lagunas más notables e injustificables de nuestro ordenamiento" (por parte de la vicepresidenta del Gobierno) o a "la ley más importante de esta legislatura, si no hay una reforma constitucional", "uno de los debates más importantes para el presente y el futuro de la democracia", o una ley "urgente y necesaria", por portavoces de la oposición.

Como ha explicado el profesor GUICHOT, uno de los máximos expertos españoles en la materia, la nueva Ley estatal con la particularidad respecto de los Derechos de nuestro entorno de aunar en un mismo texto normativo la transparencia y el buen gobierno, conceptos sin duda conectados, pero con singularidad propia. Y es cierto también que el tratamiento de ambas cuestiones en la Ley es desigual y en gran medida inconexo, siendo la parte de buen gobierno más evanescente y, al cabo, decepcionante de un texto normativo que cabe calificar, en general, de moderno y bien armado técnicamente.

Bajo la coordinación del citado profesor GUICHOT, un grupo de profesores de las Universidades de Sevilla y Carlos III de Madrid que han participado activamente en los trabajos prelegislativos y en la generación de opinión científica en torno a la transparencia en España, han publicado este estudio analítico de la Ley de Transparencia que Tecnos lanza en una edición muy cuidada. La mano del coordinador se aprecia en la inclinación crítica de todos los trabajos en orden a poner de relieve las luces y las sombras de la nueva regulación, así como en el esfuerzo por dejar constancia del debate político, social y jurídico que ha suscitado la Ley.

Con sólo echar una ojeada al índice ya se puede formar la idea, acertada sin duda, de que este libro tiene un contenido atractivo y sugerente. La obra se estructura en nueve capítulos y un anexo. Los nueve Capítulos pueden agruparte en torno a tres grandes bloques, que tratan, consecutivamente, la *Transparencia*, con carácter general, seguida de un aspecto más concreto de la Ley, el *Acceso a la Información*; para acabar examinando la figura del *Buen Gobierno*. El anexo contiene la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información y Buen Gobierno.

El coordinador de la obra aborda, como cuestión introductoria, cuál es el sentido y el contexto en que se tramitó la Ley de Transparencia. Se hace un análisis del valor fundamental que ha adquirido el tema de la transparencia, que es la perspectiva que la propia Exposición de Motivos de la Ley adopta al asumir que "la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser ejes fundamentales en toda acción política, fundamentales para superar la crisis institucional en la que nos vemos inmersos en la actualidad". Se hace una valoración de conjunto de la Ley, que para el profesor Guichot es positiva, en el contexto comparado de la regulación del derecho de acceso a la información pública fuera de nuestras fronteras, del que Emilio Guichot es uno de los mejores conocedores.

En esta línea, continúa el autor en el siguiente capítulo, analizando los aspectos generales de la transparencia; haciendo alusión, en primer lugar, a la gran polémica que se generó, tanto en el debate parlamentario como extraparlamentario, acerca de la cuestión de la naturaleza del derecho de acceso a la información. Considera Guichot que, como ha manifestado en diversas ocasiones, el derecho a recibir información por parte del poder público debía haber sido enmarcado como un derecho fundamental

También trata el autor el reparto de competencias que establece la Ley, haciendo mención al margen de actuación que hay por parte de las Comunidades Autónomas (cabe recordar que, dada la tardía aprobación de la Ley estatal sobre Transparencia y Acceso a la Información, se aprobaron con anterioridad diversas leyes autonómicas muy desiguales sobre la materia); hace referencia al ámbito negativo de aplicación de la norma así como una pequeña crítica a la falta de una tabla de derogaciones normativas por parte de la Ley.

El tercer capítulo de la obra que recesionamos, nos ofrece una amplia visión crítica, por parte de Concepción Barrero, acerca del ámbito subjetivo de la Ley, haciendo un análisis del Capítulo I del Título I de la misma, en el que se regulan los sujetos a los que les son aplicables sus disposiciones.

Sigue la obra tratando, de nuevo a manos de Emilio Guichot, un tema tan fundamental como son los límites a la transparencia y el acceso a la información, analizando en primer lugar el derecho supranacional y comparado y centrándose posteriormente en estudiar la plasmación que estos límites tienen en la Ley estatal, para finalmente analizar de las principales cuestiones que se plantean al respecto.

El capítulo cuarto, desarrollado por Concepción Barrero, Emilio Guichot y Concepción Horgué, estudia la importancia de la publicidad activa en esta materia, teniendo en cuenta, fundamentalmente, la gran influencia que tiene Internet, dado la incorporación de las TIC en la Administración.

A continuación, siguiendo el orden lógico que de la Ley deriva, Concepción Barrero hace un análisis de derecho de acceso a la información, llevando a cabo un examen exhaustivo sobre el objeto del derecho, el procedimiento para el ejercicio del derecho a la información, así como la formalización del acceso y el sistema de impugnación de las solicitudes de acceso.

El capítulo séptimo, elaborado por Antonio Descalzo, lleva a cabo un examen de lo que sería el otro gran bloque del texto normativo que tiene por objeto la obra recesionada. Se analiza por parte del autor el conjunto de principios generales y de actuación para los responsables públicos de los que parte la Ley y las correlativas infracciones tanto en materia disciplinaria como en materia de conflicto de intereses que pudieran darse.

Íntimamente relacionado al capítulo que le precede, Alberto Palomar trata en el capítulo octavo de dar una amplia visión de las infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y el régimen sancionador de las mismas. Hace el autor del capítulo un análisis más exhaustivo de los denominados <<principios del buen gobierno>> haciendo una distinción entre los principios generales y los principios de actuación, centrándose Palomar únicamente en los que afectan de alguna manera al régimen jurídico del buen gobierno en materia económica. Por último, el capítulo trata de analizar la regulación del régimen disciplinario así como las sanciones que establece el artículo 30 de la Ley.

Como remate de la obra, Emilio Guichot viene a estudiar en el último capítulo el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, autoridad administrativa independiente encargada de velar por la nueva Ley. Como ya se ha hecho en otras partes de la obra, se parte primero de un estudio del derecho supranacional y comparado para acabar concretando la situación en el plano nacional.

La obra refleja, en suma, el esfuerzo de utilidad y coherencia que anima su coordinador. Va dirigida a un público muy amplio: autoridades y empleados públicos de todas las Administraciones territoriales e institucionales, así como de empresas públicas, fundaciones y demás sujetos obligados por la Ley, profesionales de los medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales, juristas de cualquier profesión, politólogos y, en general, cualquier persona, profesional o no, involucrada en la materia de transparencia y buen gobierno, que -al cabo- somos todos los ciudadanos.

Gabriela Alés Hermosa

reALA NUEVA ÉPOCA

REALA, nº 2, julio-diciembre 2014, ISSN: 1989-8975

Autores

IÑIGO DEL GUAYO CASTIELLA

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Almería. Es especialista en materia de Derecho Público Económico y Regulación Económica y, en particular, Derecho y Regulación de la Energía. En estas materias es autor de numerosas publicaciones. Es miembro del *Academic Advisory Group* de la *Section on Energy, Environmental, Resources and Infrastructure Law* de la *International Bar Association*. En esa condición es autor de siete capítulos en siete correlativos volúmenes en la serie sobre Derecho de la Energía de la *Oxford University Press*. Es editor y coautor de las dos primeras ediciones (2001 y 2007) del libro *Energy Law in Europe*, también de la *Oxford University Press*.

ANDRÉS BOIX PALOP

profesor titular de Derecho administrativo en la Universitat de València - Estudi General. Ha realizado distintas estancias formativas o de investigación en Universidades francesas (Paris I, Paris II) o alemanas (Frankfurt, München) y participado y coordinado diversos proyectos de investigación financiados con fondos públicos. En la actualidad, es investigador principal de un proyecto del Plan Nacional de I+D+i destinado a investigar la regulación de los mercados I+D+audiovisuales. Junto a esta línea de investigación, se ha ocupado también de las relaciones entre los poderes constituidos (Las convalidaciones legislativas, Iustel, 2004) o más recientemente de cuestiones relativas a la reforma de la planta administrativa local y autonómica (*Una nova planta per als valencians*, Nexe, 2013), así como del análisis de algunas de las líneas de la reforma local de 2013 en trabajos publicados en el *Diario del Derecho Municipal* (ed. Iustel) o en la edición de 2013 del *Anuario del Gobierno Local* (Fundación Democracia y Gobierno Local).

PILAR NAVARRO RODRÍGUEZ

Profesora Dra. de Derecho Administrativo de la Universidad Loyola Andalucía. Coordinadora de Loyola-Abengoa Research (LAR). Campus de Palmas Altas.

MANUEL ZAFRA VÍCTOR

Profesor Titular de Ciencia Política y de la Administración Pública. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad de Granada.

JUAN CALVO VÉRGEZ

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Extremadura.

FRANCISCA LEONOR VILLALBA PÉREZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Granada. Licenciada en Derecho 1991 y doctora en Derecho en 1995. 22 años de experiencia en la Universidad de Granada, donde se ha dedicado a la investigación, docencia y gestión universitaria.

Su labor investigadora se centra fundamentalmente en tres líneas: "contratación del sector público"; "gestión de servicios públicos"; y "derecho sanitario. Mi producción científica se cifra en un total de 60 publicaciones, 27 artículos en revista, 2 monografías, 25 capítulos de libro y dos coordinaciones de obras colectivas. 15 Congresos y 16 Seminarios, en su gran mayoría internacionales (Italia, México, República Dominicana, Guatemala, Ecuador, Perú, Uruguay, Argentina, Republica Checa, y Malta) y nacionales. Investigadora en 1 Proyecto de investigación Internacional, 2 Proyectos I+D de ámbito nacional; 6 Proyectos de Excelencia de la Junta de Andalucía y 3 Contratos de Investigación. Ha llevado a cabo labores de evaluación externa para revistas de investigación y para la ANEP en proyectos de investigación I+. Mención Especial a la calidad investigadora en el VIII Premio sobre Las Administración Públicas Iberoamericanas del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) en 2008. La transferencia al sector productivo, se concreta en distintas consultorías: Asociación Municipal de Honduras (AMHON) en Tegucigalpa; Asociación de Municipios de Portugal ATAM en Santarem, y en el área del MERCOSUR, asesoramiento e información a la empresa española Centros Educativos Familiares (Attendis) en Sevilla, al despacho de abogados ACAL en Murcia, y a un grupo de profesionales latinoamericanos convocados por la Universidad de Stetson (EEUU) en un taller sobre gestión local. 50 cursos impartidos para abogados, secretarios, interventores

y tesoreros de ayuntamientos (españoles), y para el personal al servicio de las Administraciones Públicas Latinoamericanas. Estancias de investigación (pre y postdoctorales) en universidades y centros nacionales y extranjeros (Universidad de Navarra, México, Italia; Francia, Brasil, Argentina, etc.).

Profesora de Derecho Administrativo en la Licenciatura y Grado de Derecho y en las dobles Licenciaturas y Grado de Derecho-LADE y Derecho y Ciencias Políticas y otras Licenciaturas y Diplomaturas, Programas de Doctorado nacionales (Universidad de Jaén) e internacionales (Doctorado en Derecho en la Universidad de Guanajuato México, o la Universidad Federal de Pelotas Brasil), másteres, títulos propios u otros cursos de las Universidades de Granada, Salamanca, Alicante, Navarra, y otros centros como el INAP o Aranzadi Thomson-Reuters.

Coordinadora del Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Granada, así como la Coordinación del Programa Interuniversitario Universidad de Granada-Universidad de Guanajuato (México). cargos en el entorno educativo y científico como Directora adjunta y Secretaria del Centro Iberoamericano Gobernabilidad, Administración y Políticas Públicas (CIGOB), Fundación integrada por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP).

MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de Zaragoza. Tras publicar su Tesis sobre el contrato de concesión de obras públicas (*Civitas*, 2010), ha asumido la Secretaría Ejecutiva del Observatorio de Contratación Pública (www.obcp.es), continuando su labor investigadora en materia de contratos públicos y ampliándola al estudio de la colaboración vertical entre poderes adjudicadores (*in house*) y el recurso especial en materia de contratación pública. Recientemente ha iniciado una línea vinculada con las anteriores sobre compra pública innovadora, que desarrolla en el marco del Proyecto Europeo del Séptimo Programa Marco de la Comisión Europea *Water Public Innovative Procurement Policies* (Water PIPP).

ANTONIO LUIS FERNÁNDEZ MALLOL

Letrado de la Junta de Andalucía. Consejería de Presidencia de la Junta de Andalucía.

JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ GONZÁLEZ

Funcionario de la Administración Local con Habilitación Nacional desde el 2005 prestando servicios como secretario e interventor en la Administración Local. Licenciado por la Universidad de Derecho de A Coruña y D.E.A, con la calificación de sobresaliente. Es Doctor por la Universidad de Derecho de A Coruña con la obra "La autonomía en el Constitucionalismo español. El sistema de protección constitucional de la autonomía local". Colabora en la docencia de las asignaturas del Departamento de Derecho Político y Constitucional de la Universidad de Derecho A Coruña. Ha publicado numerosos artículos como: "Reflexiones sobre el gobierno abierto: el derecho a la participación ciudadana en el ámbito municipal y la normativa sobre transparencia, La problemática de la protección jurisdiccional de la autonomía local: análisis de la STC 121/2012. La diversidad en los entes intermedios: la provincia y las nuevas veguerías tras el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Una aproximación a las comarcas en Galicia, entre otras obras.

GIUSEPPE FRANCO FERRARI

Catedrático de Derecho Público comparado, Universidad Bocconi de Milán.

DIEGO BALLINA DÍAZ

Funcionario de Administración Local con Habilitación Nacional perteneciente a la Subescala de Secretaría. Categoría Superior. Jefe de Sección de Gestión Administrativa del Ayuntamiento de Gijón. Licenciado en Derecho, Universidad de Oviedo. Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología (Sección Políticas), UNED. Máster en Intervención de la Administración en la Sociedad, UNED. Autor de artículos doctrinales publicados en varias revistas jurídicas. Entre ellas El Consultor, Revista de Estudios Locales, Contratación Administrativa Práctica, Práctica Urbanística o Cuadernos de Derecho Local (http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=2117591) Impartición de cursos en centros de formación de funcionarios y entidades privadas.

MERCEDES FERRER Y ARROYO

Investigadora y Profesora Titular. Instituto de Investigaciones. Facultad de Arquitectura y Diseño. Universidad del Zulia.

JOSÉ FARIÑA TOJO

Catedrático de Universidad. Departamento de Urbanística y Ordenación del Territorio (DUyOT). Escuela Técnica Superior de Arquitectura. ETSAM-UPM.

RAMÓN REYES

Investigador y Profesor Titular. Instituto de Investigaciones. Facultad de Arquitectura y Diseño. Universidad del Zulia.

MARCO AURÉLIO MARQUES FERREIRA

Profesor Adjunto de la Universidad Federal de Viçosa (UFV-Brasil).

AMBROZINA DE ABREU PEREIRA SILVA

Profesor Asistente de la Universidad Federal de Ouro Preto (UFOP-Brasil).

ANDERSON DE OLIVEIRA REIS

Estudiante de Posgrado en Administración Pública por la Universidad Federal de Viçosa (UFV-Brasil).

reALA NUEVA ÉPOCA

REALA, nº 2 julio-diciembre 2014 ISSN: 1989-8975

Criterios formales para la presentación y publicación de originales

TEMAS DE INTERÉS

La *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)* publica trabajos originales sobre temas relacionados con la Administración local y autonómica y lo hace con un carácter multidisciplinar, especialmente en aquellas ciencias sociales que contribuyen a la comprensión del objeto de la revista: derecho, ciencia de la administración, ciencia política, gestión pública, sociología y economía.

Excepcionalmente se aceptarán trabajos relevantes ya publicados, siempre y cuando representen una contribución importante al conocimiento en las áreas de la REALA, y su publicación previa se haya producido en una lengua no española.

Las "Experiencias y Casos" deberán informar sobre innovaciones, nuevas aportaciones, debates en curso, hallazgos singulares en la Administración española y extranjera y sólo en estos casos se puede justificar su publicación sin la extensión y desarrollo teórico o el detalle analítico requerido a otros artículos, así como sin una extensa bibliografía.

ENVÍO DE ORIGINALES

Los originales, que deberán ser inéditos, se enviarán escritos en Microsoft Word o en formato compatible. Se pueden hacer llegar por correo electrónico a la dirección de la Secretaría de la revista.

FORMATO

Los originales deberán ir escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman tamaño 12. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), incluidos notas a pie de página, bibliografía y apéndices en su caso. Los gráficos, tablas y otros dibujos e imágenes deberán integrarse dentro del texto e ir numerados consecutivamente. Además, deberá adjuntarse por correo electrónico una carpeta con todas ellas en tamaño original y resolución suficiente para página web. La primera página incluirá el título, nombre del autor o autores, filiación académica o profesional, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. En una segunda página se presentarán dos resúmenes, en español e inglés, de un máximo de 150 palabras cada uno y entre tres y cinco palabras clave (en los dos idiomas). Se acompañará también un breve currículum vitae del autor o autores, con una extensión máxima de 8 a 10 líneas incluidas referencias bibliográficas.

NORMAS DE EDICIÓN

a) **Bibliografía**. Las referencias bibliográficas, que se limitarán a las obras citadas en el trabajo, se ordenarán alfabéticamente por el primer apellido, en mayúsculas, del autor, bajo el título "Bibliografía" y al final del original. Ejemplo:

LÓPEZ LÓPEZ, Juan (2005): "La reforma de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos, nº 80*, pags. 20-35.

PÉREZ PÉREZ, Luis (2005): "La convalidación de los actos administrativos", Revista de Administración Pública, nº 151, págs. 9-30.

LÓPEZ LÓPEZ, Juan (2004): *Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC.

Si se citan dos o más obras de un determinado autor publicadas en el mismo año, se distinguirán por medio de una letra. Ejemplo: LÓPEZ LÓPEZ (2005a) y LÓPEZ LÓPEZ (2005b).

b) **Notas a pie de página**. Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos y en formato superíndice. No se incluirán las referencias bibliográficas completas, sino solamente su forma abreviada. Ejemplo: LÓPEZ LÓPEZ (2005): 90.

c) **Citas**. Las citas irán entrecomilladas. Si exceden de tres líneas irán separadas del cuerpo principal del texto, sangradas y a espacio sencillo. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

d) **Números DOI**. Todas las referencias bibliográficas deberán estar acompañadas de su correspondiente n.º DOI, si lo tuviesen.

e) **Imágenes**. Las imágenes, gráficos, etc. si los tuviese el artículo, deben adjuntarse en una carpeta aparte en tamaño/resolución web.

PROCESO DE PUBLICACIÓN

La *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción. El Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de dos informes de evaluación, emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la revista, aplicándose el método doble anónimo. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original motivada por el resultado de las evaluaciones. En este caso, los autores dispondrán de dos semanas para comunicar a la Secretaría de la revista si acceden a realizar tales modificaciones en el sentido propuesto por el Consejo Editorial, así como el plazo en el que se comprometen a entregar la versión revisada, que en ningún caso será superior a un mes. La decisión sobre la publicación no excederá de seis meses. Los autores de artículos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de 48 horas. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores con respecto a la versión aceptada.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores/as que propongan manuscritos para su publicación en la revista tienen los siguientes derechos:

1. A recibir acuse de recibo, por correo electrónico, de sus comunicaciones con la Secretaría de la REALA, especialmente en lo que se refiere al envío del manuscrito y materiales complementarios.

2. A que la Secretaría de la revista mantenga el anonimato de su autoría y no difunda su manuscrito más allá de lo necesario para el proceso de evaluación.

3. A formular quejas y reclamaciones mediante escrito dirigido a la Secretaría de la revista, de las que también recibirá acuse de recibo por correo electrónico.

4. A recibir una respuesta motivada sobre la decisión final del Consejo Editorial, salvo en el caso de los manuscritos rechazados en la selección previa.

Los autores/as tienen las siguientes obligaciones:

1. El envío de un manuscrito a la REALA supone la lectura y aceptación de las normas editoriales y las instrucciones a los autores de la revista.

2. Mientras el manuscrito esté en proceso de evaluación por parte de la revista, los autores/as no lo presentarán, para su evaluación, a otras revistas. Para ello adjuntarán al texto una declaración formal en la que deben hacer constar que el contenido esencial del mismo no ha sido publicado ni se va a publicar en ninguna otra obra o revista mientras esté en proceso de evaluación.

3. Los autores/as se comprometen a no publicar su artículo en ninguna otra revista, sea en formato de papel o electrónico, salvo que la REALA les autorice expresamente a hacerlo.

COPYRIGHT

Es condición para la publicación que el autor o autores ceda(n) a la *Revista*, en exclusiva, los derechos de reproducción. Si se producen peticiones de terceros para reproducir o traducir artículos o partes de los mismos, la decisión corresponderá al INAP.

ADVERTENCIA

Cualquier incumplimiento de las presentes Normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

Secretaría de la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica

Departamento de Publicaciones, Estudios y Documentación

Instituto Nacional de Administración Pública

C/ Atocha, 106. 28012 MADRID

Teléfono: (91) 2739104. FAX: (91) 2739287

Correo electrónico: reala@inap.es