

**CONGRESO EUROPEO
SOBRE DESCENTRALIZACIÓN
TERRITORIAL Y
ADMINISTRACIÓN LOCAL**



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**CONGRESO EUROPEO SOBRE
DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL
Y ADMINISTRACIÓN LOCAL**

**CONGRESO EUROPEO SOBRE
DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL
Y ADMINISTRACIÓN LOCAL**

**INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
SEVILLA – 2009**

CONGRESO Europeo sobre Descentralización Territorial y Administración Local : Sevilla 9, 10 y 11 de mayo de 2007 / Director, José Luis Rivero Ysern . – 1ª ed.

Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2009

290 p. ; 24 cm. – (Encuentros)

D.L. SE-6375-2009

I.S.B.N. 978-84-8333-446-1

Descentralización . – Administración Local . – Reparto de competencias .
Instituto Andaluz de Administración Pública

35.071.6

352

Reservados todos los derechos. No está permitida la reproducción total o parcial en ningún tipo de soporte sin permiso previo y por escrito del titular del copyright.

TÍTULO: CONGRESO EUROPEO SOBRE DESCENTRALIZACIÓN TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN LOCAL.

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias
de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública.
Maquetación e impresión: ECOMÁTICA Industria Gráfica.
I.S.B.N.: 978-84-8333-446-1
Depósito Legal: SE-6375-2009

ÍNDICE

| | |
|--|------------|
| PRÓLOGO | 9 |
| José Luis Rivero Ysern | |
| Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Sevilla | |
| LAS ENTIDADES LOCALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO | 13 |
| Mario P. Chiti | |
| Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Florencia | |
| NOTAS PARA UNA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS | 33 |
| Luciano Parejo Alfonso | |
| Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Carlos III de Madrid | |
| LOS ENTES LOCALES EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS | 71 |
| Tomàs Font i Llovet | |
| Instituto de Derecho Público Universidad de Barcelona | |
| LA DÉCENTRALISATION TERRITORIALE EN FRANCE | 103 |
| Yves Gaudemet | |
| Catedrático de Derecho Público Universidad de La Sorbona. París II Abstract de Juan Antonio Carrillo Donaire Profesor Titular de Derecho Administrativo Universidad de Sevilla | |
| LA PLACE DES CITOYENS-ADMINISTRÉS DANS LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES FRANÇAISES AVANT ET APRÈS LA LOI CONSTITUTIONNELLE DU 28 MARS 2003..... | 119 |
| Michel Verpeaux | |
| Catedrático de Derecho Constitucional Universidad de la Sorbona. París I Abstract de Encarnación Montoya Martín Profesora Titular de Derecho Administrativo Universidad de Sevilla | |

LE AUTONOMIE TERRITORIALI NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO ITALIANO: UNA RIFORMA ETERNAMENTE INCOMPIUTA 151

Francesco Merloni

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Perugia

Abstract de Antonio José Sánchez Sáez

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

AUTONOMÍA Y DIFERENCIACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN LOCAL..... 169

Francisco Velasco Caballero

Instituto de Derecho Local

Universidad Autónoma de Madrid

LE SERVICE PUBLIC LOCAL 197

Pierre Subra de Bieusses

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Paris-X-Nanterre

Abstract de José Luis Rivero Ysern

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

LAS FÓRMULAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: LOS ENTES INSTRUMENTALES..... 215

Encarnación Montoya Martín

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

EMPLEO PÚBLICO LOCAL Y FUNCIÓN DIRECTIVA 259

Federico A. Castillo Blanco

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Granada

PRÓLOGO

El presente trabajo publica las distintas intervenciones de los ponentes al Primer Congreso Europeo de Descentralización Territorial y Administración local celebrado en Sevilla los días 9, 10, y 11 de mayo de 2007.

El Congreso fue organizado por el Instituto Universitario de Investigación García Oviedo de la Universidad de Sevilla con el patrocinio de la propia Universidad de Sevilla, el Instituto Andaluz de Administración Pública y la Fundación “El Monte”.

Quien escribe estas líneas, quiere expresar su agradecimiento a todas aquellas personas e instituciones que hicieron posible esta reunión científica y académica.

Gracias al IAAP y a D. Joaquín Castillo Sempere que asumía en aquellas fechas su dirección y que dispuso al IUGO el mismo apoyo incondicional que hoy presta D. José Antonio Soriano, que en su condición de nuevo Director asume la publicación de esta obra. Al profesor D. Ángel López López, en aquellas fechas director de la Fundación El Monte por su generosa ayuda. Gracias al Rectorado de la Universidad de Sevilla, al entonces Rector D. Miguel Florencio Lora y a la Vicerrectora de Relaciones Institucionales Dña. Mari Cruz Arcos Vargas.

Gracias, a los autores de estas páginas, que en su día lo fueron de las diferentes ponencias del Congreso. A los profesores Luciano Parejo Alfonso; Ives Gaudemet; Michel Verpeaux; Mario Chiti; Pierre Subrá; Tomas Font i Llovet; Federico Castillo Blanco; Francisco Velasco Caballero, y al Prof. Piellow, si bien este último por imponderables no pudo aportar su ponencia a las presentes Actas.

Y gracias a mis compañeros los profesores Juan Antonio Carrillo Doinaire, Encarnación Montoya Martín y Antonio José Sánchez Sáez sin los que el Congreso hubiera sido imposible. Gracias también a Mari Ángeles Fernández Corbacho, administrativa de nuestro Instituto.

Es el lector quien tiene que juzgar si hemos conseguido nuestros objetivos. Si efectivamente en este libro se aportan al estudio de la descentralización en Europa y a la reforma del Régimen local unos materiales de estudio, un acervo de conocimientos y unas reflexiones y líneas de trabajo útiles para quienes creen que la consolidación de los procesos des-

centralizadores en Europa es punto de partida y presupuesto del proceso de consolidación de una democracia participativa y para quienes creen que sin una reforma de las Administraciones locales no puede culminarse el gran proceso de reforma administrativa y política de Europa.

Como señala en el texto el **Prof. Chiti**. “el espacio jurídico europeo representa una importante manifestación del nuevo constitucionalismo europeo, en el que se elaboran estatutos y principios que prescinden del Estado y de las formas hasta el momento conocidas como “federación” en una combinación de innovación y tradición, de derecho común y de derecho local, que encarna perfectamente los principios de pluralismo y de la diversidad, sin provocar por ello la crisis de los ordenamientos de los Estados miembros y de su legitimación autónoma.

El ordenamiento europeo es un complejo “sistema de ordenamientos jurídicos” del que las entidades locales son un componente esencial.”

Las sesiones de trabajo del Congreso abordaron los grandes temas institucionales y varios temas específicos de especial importancia.

Los profesores **Gaudemet y Merloni** nos plantearon las grandes reformas- o intentos de reforma- para la descentralización en Francia e Italia.

El profesor **Merloni** analizó de forma magistral las sucesivas reformas en Italia y los intentos de creación de una “Carta de Autonomía local” así como la revisión del bicameralismo - con relativo apoyo parlamentario- y la delegación de competencias Estado-Región en Italia.

Yves Gaudemet nos explica cómo la mayor complejidad introducida por la reforma de 2003 en Francia requería abundar en el esfuerzo racionalizador que el legislador ya había iniciado con la ley de 22 de julio de 1982. En este sentido apuntan – según el profesor de la Sorbona - las innovaciones normativas más reseñables, como la garantía constitucional de la autonomía financiera de las autoridades locales; el mayor juego que se le da al referéndum local y al derecho de petición; la consagración - implícita pero clara- del principio de subsidiariedad en beneficio de las entidades descentralizadas; la creación, para ciertos proyectos, de la figura de la colectividad local “chef de file”; así como las innovaciones, mucho más diversificadas, que se introducen para los territorios de ultramar.

Pese a ello estos avances no consiguen eludir del todo las dificultades que acarrea una tradición histórica aparentemente irreductible: el mantenimiento del principio de la uniformidad a ultranza

El profesor **Parejo** aborda con claridad y clarividencia la necesidad de instaurar unas relaciones inter administrativas basadas en la colaboración distinguiendo este concepto de la denostada y sin embargo necesaria coordinación. Señala Parejo que la colaboración *lato sensu* y la coordinación *definen, como principios (implícito el primero, pero presupuesto del segundo explícito), el fin institucional de la totalidad de las técnicas puestas al servicio del esquema de las relaciones inter administrativas*, incluidas las que no son de coordinación sino de mera cooperación. Pues dicho fin consiste en la coordinación (como estado-resultado) de la acción del poder público gracias a la colaboración entre sus distintas piezas autónomas.

Grandes temas que sirven de marco a grandes temas específicos

Los entes locales fueron tema objeto de estudio por todos los ponentes. No en vano la descentralización territorial española y europea tienen en la reforma del Derecho local y las administraciones locales su mayor reto y dificultad.

El Profesor **Velasco** afrontó el *principio de diversidad* desde el punto de vista organizativo, tema central en nuestro Derecho tras la nefasta ley 57/2003 que so pretexto de dar variedad a la organización local y con una manifiesta falta de título competencial – al menos a mi juicio – instaura una uniformidad organizativa propia de normas estrictamente locales (Reglamentos Orgánicos).

El profesor **Subrá** hace una exposición del *servicio público en Francia* con reflexiones perfectamente generalizables a nuestro entorno. El principio de libre administración de las colectividades locales en relación con la potestad de crear y gestionar los servicios de interés comercial e industrial.

La profesora **Montoya Martín**, sin duda nuestra mejor especialista sobre servicio público local, puso complemento al tratamiento de los servicios locales con una magistral conferencia en la línea de sus últimas monografías sobre la administración instrumental y la gestión de servicios locales

Cierra el capítulo de temas específicos un gran especialista en los temas de personal, el profesor **Castillo Blanco** miembro de la Comisión de Expertos para la redacción del Estatuto Básico del Empleado Público que abordó el espinoso tema del personal directivo denunciando el proceso de apropiación política de la función directiva y algo que sigue generalizándose desgraciadamente en nuestro Derecho: la falta en las leyes sectoriales de un tratamiento de los temas desde la óptica de nuestras Administraciones locales.

No hubo esa falta de tratamiento, sino todo lo contrario, en la conferencia del profesor **Font i Llovet** que expuso sus reflexiones sobre *la función de los Estatutos de Autonomía como nuevo marco del Derecho local* y la interiorización del derecho local. “Vengo sosteniendo, desde hace tiempo, señalaba Font i Llovet, que en nuestro ordenamiento existe un verdadero “déficit estatutario” en la regulación del régimen local, y que sólo el Estatuto es el tipo normativo adecuado para determinar con garantía los elementos definidores de la autonomía local, debido a que es la única norma capaz de imponerse al mismo tiempo al legislador estatal y al autonómico. Déficit estatutario en los dos sentidos: en la regulación institucional del gobierno y la administración local, que incluye, entre otros extremos, la determinación del núcleo mínimo de las competencias municipales; y en la asunción estatutaria de competencias por parte de las Comunidades Autónomas en la materia de régimen local.”

La ponencia del primer especialista francés en la materia, el profesor **Michel Verpeaux** es una llamada a la participación ciudadana en los asuntos locales. Verpeaux reflexiona con acierto sobre la *naturaleza política de la autonomía local y sobre la desconcentración como cauce a la participación*. Es bueno saber que estas ideas son hoy defendidas por el profesor Verpeaux en el Comité para la reforma de las colectividades locales en Francia (Comité pour la réforme des collectivités locales octubre 2008).

Cuando termino estas líneas de presentación estamos esperando los administrativistas la trasposición y entrada en vigor de la Directiva de Servicios una norma que dedica gran parte de su Texto a resaltar la necesidad de cooperación y coordinación entre todas las administraciones (los Estados y las administraciones de cada Estado, las locales incluidas), cuyas decisiones van a incidir en las demás Administraciones de otros Estados.

La evolución de nuestro Derecho y del Derecho comunitario nos confirma que la elección del tema que hace dos años escogimos para reunirnos con los compañeros españoles y europeos fue acertada. Más aún, creo que merece una segunda reunión. El Instituto Universitario de Investigación García Oviedo y Sevilla están a vuestra disposición, queridos colegas.

José Luis Rivero Ysern

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

LAS ENTIDADES LOCALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COMUNITARIO

Mario P. Chiti

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Florencia

1. En primer lugar, un caluroso agradecimiento al Excelentísimo y Magnífico Rector de la Universidad de Sevilla por haberme invitado a realizar la ponencia introductoria en este importante Congreso. Es un gran honor personal y la ocasión para fortalecer la colaboración entre nuestras Universidades. Un saludo especial al colega Prof. Jose Luis Rivero Ysern, con quien comparto un interés común de estudios y de investigación acerca de la comparación entre los órdenes jurídicos europeos.

2. Europa ha sido y sigue siendo un gran laboratorio político, institucional y jurídico.

Históricamente, Europa es el continente en el cual, concluido el tiempo de la *polis* y de las confederaciones de las ciudades autónomas, se ha manifestado completamente el *imperium*, una organización del poder caracterizada por la presencia simultánea de mandato común y de realidades políticas subordinadas, consecuentemente con pluralismo jurídico. Europa ha sido también el lugar original de afirmación de la estaticidad y de los Estados nacionales (P.P. Portinaro). A partir del siglo XVII, como desarrollo de la estatalidad de los poderes públicos se crea una red de relaciones internacionales, normalmente definida como “modelo de Westfalia”, que es el inicio del derecho internacional moderno.

En aquella fase era correcto hablar de Estados como “comunidades perfectas”, con las que se expresaba la nueva concepción de soberanía, y también una situación en la que la dimensión territorial de los Estados estaba generalmente adaptada a las necesidades de la sociedad y de los mercados.

Pero Europa es también el continente de la *civitas*, de las mil ciudades, de las autonomías locales, de las fuertes identidades regionales, de los muchos idiomas y dialectos locales que representan una inestimable riqueza cultural.

A partir de la mitad del siglo pasado, en Europa se experimenta una forma inédita de poder público sobrenacional, tan original que todavía no hemos conseguido definirlo exactamente con las categorías clásicas (federación, confederación, etc.), hasta el punto que muchos autores han retomado la expresión de Pufendorf del *Monstrum simile*.

Efectivamente, la Unión Europea es una forma inédita de poder caracterizada por la convivencia de instituciones que expresan el residuo de la soberanía de los Estados (principalmente en el Consejo europeo y en el Consejo de ministros), de instituciones supranacionales (como el Parlamento europeo, la Comisión, la Corte de justicia) y de nuevos sujetos compuestos. Como ha comprobado Sabino Cassese, la Unión Europea es una comunidad de vecinos, un consorcio, una constelación de instituciones, una estructura de redes de *governance*.

En esta ponencia querría hablar del nuevo ordenamiento europeo como “espacio jurídico”, un peculiar ordenamiento jurídico compuesto por el ordenamiento de las Comunidades europeas, integrado por la política y formas de cooperación instauradas por el Tratado sobre la Unión Europea, y de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

El espacio jurídico europeo es un marco institucional dentro del cual se desarrollan innumerables relaciones, no necesariamente tendentes a la asimilación de los ordenamientos nacionales en el ordenamiento comunitario. El espacio jurídico europeo es, al mismo tiempo, un sistema dinámico que consiente una constante evolución institucional a través del uso de instrumentos jurídicos diferenciados. El espacio jurídico europeo representa, por último, una importante manifestación del nuevo constitucionalismo europeo, en el que se elaboran estatutos y principios que prescinden del Estado y de las formas hasta el momento conocidas como “federación”. En una combinación de innovación y tradición, de derecho común y de derecho local, que encarna perfectamente los principios de pluralismo y de la diversidad, sin provocar la crisis de los ordenamientos de los Estados miembros y de su legitimación autónoma.

En este complejo “sistema de ordenamientos jurídicos”, ¿puede la Unión Europea limitarse a ser una Unión de Estados? ¿Puede dejar a un

lado la realidad de la *civitates*? Aquella que se define como una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, ¿puede renunciar a las experiencias regionales, que son al mismo tiempo experiencias sociales, políticas e institucionales?

Antes de la integración europea se podía todavía aceptar la idea de que “la modernidad política pertenece al Estado” (P.P. Portinaro), del cual el derecho internacional permanecía como expresión directa y condicionada de la competencia final (normalmente definida como la expresión alemana *Kompetenz-Kompetenz*).

Pero las vicisitudes de las Comunidades europeas y, más recientemente, de la Unión Europea muestran que el fenómeno de la integración no es sólo una respuesta a las exigencias de prevenir otras dramáticas guerras europeas, sino el reciente fruto del gran laboratorio político-institucional europeo para ofrecer una alternativa al declive de los Estados frente a su capacidad de organizar la complejidad del tiempo presente y los fenómenos que se suelen denominar con el término de globalización. Se trata de una forma de “federalismo ligero” en el que participan todas las instituciones exponenciales, a partir de aquellas más cercanas al ciudadano, y por lo tanto abierto al “particularismo” que tanto papel ha tenido en la historia europea.

Como demuestran recientes estudios sobre la globalización y sobre el recorrido singular (il *sonderweg*) de Europa, la superación de los confines tradicionales no significa cancelación o implosión del espacio, sino el retorno a la ciudad como espacio político, como *civitas*, acompañada por el renacer de una nueva forma de poder supranacional que en varios aspectos retoma la antigua trama del *imperium*. Especialmente por la presencia contemporánea de diferentes esferas de soberanía y por la interdependencia de los infrasistemas.

Las entidades locales son por lo tanto un componente esencial del ordenamiento jurídico europeo.

3. Este prólogo general era necesario, porque según los manuales de derecho comunitario más difundidos, el tema examinado en este estudio no existe.

En la gran parte de los textos no se encuentra ninguna referencia al tema de las regiones y de los entes locales. En algunos textos se habla de

las autonomías locales, pero sólo para explicar el papel del Comité de las regiones, órgano consultivo previsto por el Tratado CE (artt. 263-265). Y con la precisión preliminar de que la Comunidad europea es indiferente a la organización interna de los Estados miembros. Con este propósito se adopta el principio de autonomía institucional de los Estados miembros, según el cual cada Estado es libre de organizarse y distribuir las competencias internamente.

El principio ha sido confirmado por la Corte de justicia desde la sentencia 25.5.1982, causa 97/81: cada Estado es libre de atribuir como crea oportuno las competencias en su plano interno y de actuar una directiva a través de la cual los instrumentos adoptados por las autoridades regionales o locales. La misma posición ha sido reconfirmada por el Parlamento europeo en la Resolución del 4.12.2002 sobre la función de los poderes regionales y locales en la construcción europea, en la que se ha insistido sobre el principio de no interferencia de la Unión en los ordenamientos constitucionales nacionales, cuya soberanía en este tema debe ser garantizada plenamente.

También el Tratado constitucional del 2004 ha insistido en que “la Unión respeta la identidad nacional de los Estados miembros en su estructura fundamental, política y constitucional, incluido el sistema de las autonomías locales y regionales” (art. I-5, “Relaciones entre la Unión y los Estados miembros”).

El principio de la autonomía institucional tiene por lo tanto una segura base jurídica en el derecho primario de la Unión, pero se malinterpreta por la influencia que perdura de la doctrina internacionalista. Esta doctrina ha considerado inicialmente la integración europea como un fenómeno que hay que traspasar al derecho internacional, debido al proceso intergubernamental del cual emanaba el Tratado CE, a los caracteres formales de este Tratado, a la función de los Estados miembros como sujetos del nuevo ordenamiento. Consecuentemente, también la Comunidad europea ha sido considerada como variante de las organizaciones internacionales, de las cuales mantiene las características principales.

A cincuenta años de distancia del Tratado de Roma, una parte influyente de la doctrina jurídica mantiene esta posición, y la paradoja está en que no está preocupada por el difícil momento constitucional europeo. Muchos autores consideran que el procedimiento de elaboración del nuevo Tratado constitucional por medio de la Convención y no la tradicional confe-

rencia intergubernamental haya sido una “rotura” excesiva en el proceso de integración, lo mismo se dice para la primera parte de la Constitución, considerada ineficaz en el prever un completo cuadro institucional para la Unión Europea.

A mi modo de ver, se trata de una posición equivocada porque no tiene en cuenta la naturaleza original del ordenamiento comunitario, como ha ya aclarado el Tribunal de justicia con la sentencia Van Gend & Loos de 1963, y después convertido en referencia constante para todos los desarrollos sucesivos, por lo que “la Comunidad constituye un ordenamiento jurídico de nuevo género a favor del cual los Estados han renunciado, aunque en determinados sectores, a sus poderes soberanos, ordenamiento que reconoce como sujetos no sólo los Estados, sino también a sus ciudadanos”.

Los caracteres del nuevo ordenamiento jurídico europeo son bien acogidos por los juristas nacionales, que han evidenciado como en el ámbito de la Unión los elementos de derecho internacional evidencian sólo en momentos concretos, como la ampliación a nuevos Estados miembros o la revisión de los Tratados (por mucho que el sistema de la revisión “por Convención” se considere ya irreversible). Por lo demás, la acción de la Unión no está por lo tanto centrada en regular las relaciones entre los Estados miembros, sino en asegurar a todos sus sujetos – principalmente los individuales – las condiciones para un pleno desarrollo de su propia personalidad.

Sin embargo, también en esta perspectiva el tema de la relevancia jurídica de regiones y entes locales se considera marginalmente, ya que permanece la idea de la indiferencia comunitaria en la organización institucional de los Estados miembros.

En realidad, si está equivocada la posición todavía dominante entre los estudiosos de la escuela internacionalista, que consideran comunitariamente relevantes sólo los Estados miembros, no es acertada tampoco la posición de la mayoría de los demás juristas, que consideran el problema de poca relevancia.

Mi tesis es que el derecho europeo no interfiere directamente en el orden institucional y administrativo de los Estados miembros, sino que considera como cuestión de alto interés comunitario la actividad de las regiones y de los entes locales.

La organización interior de los Estados miembros de la Unión Europea forma parte de un poder público supranacional más grande, al que

condiciona y por el cual es condicionada al mismo tiempo. Volviendo a la idea de “espacio jurídico europeo” de la que he hablado al principio, en la Unión se ha creado un bloque constitucional complejo, una composición de constituciones, marcada por un patrimonio constitucional común (A. Pizzorusso). Esta *Verfassungverbund* no puede no afectar a las organizaciones institucionales de los Estados miembros, y a la vez, como ya mencionado, no estar contaminada por ellas.

Así pues, por un lado, el derecho europeo deja a los Estados miembros la más amplia autonomía para elegir la forma institucional y de gobierno, y la organización administrativa. En la Unión europea tenemos pues monarquías y repúblicas; gobiernos presidenciales y parlamentarios; federaciones y estados autonómicos.

Por otro lado, las instituciones y las administraciones públicas definidas por los Estados miembros tienen que respetar la disciplina comunitaria en lo que respecta a la competencia europea (que aumenta cada vez más), y son pues responsables de violaciones de las reglas europeas.

Sólo en lo que se refiere a la organización, se puede hablar aún de regiones y de entidades locales como sujetos del derecho interior. Cuando opera el derecho comunitario, éstas actúan desde un punto de vista funcional como “administraciones comunes” del sistema europeo.

Un solo ejemplo puede ser suficiente en este sentido, y eso viene de la reciente jurisprudencia constitucional italiana. La Comunidad europea ha promocionado varias iniciativas de cooperación transfronteriza entre regiones de dos (o más) Estados miembros, con el fin de conseguir una mayor cohesión social y económica. Entre ellas, la iniciativa “Interreg III A, Italia-Austria”, ha permitido a algunas regiones de los dos Países celebrar varios tratos, sin la necesidad de un previo acuerdo con el Gobierno (lo que sería imprescindible en las iniciativas que tengan una relevancia externa). La Corte Constitucional italiana ha declarado legítima la iniciativa porque las regiones han realizado acuerdos con otras regiones de un Estado miembro de la Unión europea gracias a los instrumentos de cooperación previstos en el sistema comunitario y que constituyen su base legal principal. No se ha violado la Constitución (art. 117, par. 9), ni siquiera en lo que respecta a la creación de organismos comunes entre las regiones de dos Estados, porque dichos organismos están previstos como obligatorios directamente por el derecho comunitario (sent. n. 258/2004).

Por lo tanto, se puede comprender que el escenario europeo tiene una relevancia primaria para las regiones y los entes locales, con importantes consecuencias desde el punto de vista constitucional nacional. Nuestro Congreso es pues una ocasión importante para examinar un tema hasta ahora poco valorado, ya que ha siempre dominado la visión meramente nacional o, como mucho, comparativa.

La presente exposición consta de tres partes: la primera trata del desarrollo de lo que podríamos llamar “regionalismo comunitario”; la segunda, del análisis de las cuestiones europeas que están actualmente abiertas y de las cuales se debate; la tercera, finalmente, de la relevancia que el desarrollo europeo ha tenido en las reformas constitucionales en algunos Estados.

Hay que anticipar que, para exponer de una manera más sencilla, hablaré sin distinguir regiones y entidades locales; aunque la noción de “región” tenga diferentes sentidos y equivalencias institucionales en los diferentes sistemas jurídicos, y que la asimilación a las entidades locales resulte en cierto sentido forzada.

4. La primera fase del regionalismo comunitario se puede definir como de “regionalismo funcional”: las regiones y los entes locales destacan desde un punto de vista comunitario no como sujetos exponenciales de sus propias comunidades (regionalismo institucional), sino como zonas homogéneas en las que concentrar acciones y políticas comunitarias.

En este sentido se puede notar que la Comunidad siempre ha tenido una política regional para el desarrollo económico de las regiones con un nivel de vida anormalmente bajo o con graves formas de desempleo. Se trata de una política de intervenciones llevadas a cabo en algunos casos directamente por la Comisión, y en otras circunstancias por los Estados miembros, en las que se consideraba a las regiones no como entidades institucionales, representativas de sus propias poblaciones, sino como áreas con características económica y socialmente homogéneas. En este sentido hay que leer el artículo 92, par. 3 del Tratado original – hoy art. 81 – sobre las reglas de competencia aplicables a las empresas.

El “funcionalismo regional” es una de las muchas manifestaciones del “método comunitario”, es decir la actitud típica de integración en las primeras décadas de vida de la Comunidad. Esta actitud ha privilegiado el

pragmatismo de las acciones concretas con respeto a un modelo cartesiano de *governance*. Y gracias a ella han surgido varios principios, como el del *efecto útil*, del que se puede dudar en un sentido racional, pero que favorece considerablemente el proceso de integración.

Las motivaciones principales de las acciones regionales han sido la necesidad de garantizar la cohesión económica y social, y la reducción del desnivel entre regiones europeas, especialmente después de la apertura a nuevos Estados miembros. Recordamos en especial la política de los Programas Integrados Mediterráneos (PIM), en ocasión del ingreso de España y Portugal (Reglamento CEE n. 2088/1985); la reforma de los Fondos Estructurales (Reglamento CEE n. 2052/1988); las iniciativas entre regiones de frontera para realizar acciones de interés común transfronterizo.

Con la misma finalidad pueden recordarse varias formas de colaboración público-privada (*public-private partnership* - PPP) del tipo “institucionalizado”, en las que los entes locales constituyen o participan en sociedades anónimas para el desarrollo de la economía local.

Por medio de tales políticas la Comunidad pretendía, como he dicho, conseguir el objetivo de equilibrar el nivel económico y social. El método seguía siendo el “funcionalista”; pero esto no podía evitar que se valorasen las regiones y los entes locales también desde un punto de vista institucional.

Con estos sujetos públicos, y no sólo con el Estado, la Comunidad estipula acuerdos y contratos públicos para realizar políticas de cohesión. En ausencia de una norma contraria de derecho comunitario, correspondía al Estado garantizar en su propio territorio la aplicación de la normativa comunitaria; el Estado miembro permanece responsable también de los compromisos de todas las autoridades públicas del país. Aún así, las regiones participan como interlocutores directos de la Comunidad. Con una fórmula que en la época causó sensación, el art. 4 del reglamento 2052/88 sobre los fondos estructurales preveía que: “La Comisión, el Estado miembro interesado y las autoridades competentes designadas por éste último a nivel nacional en calidad de partner que persiguen un objetivo común”.

5. La segunda fase está caracterizada por la plena afirmación del regionalismo “institucional”, porque se reconocen regiones y entes locales como entidades exponenciales de las propias comunidades, y, al mismo tiempo, como componentes institucionales del sistema público europeo.

Las primeras indicaciones son la Declaración común adoptada por las instituciones europeas en 1984 para una colaboración más estrecha con las autoridades regionales y locales en la elaboración de los planes europeos para el desarrollo local. Y sobre todo en la Carta comunitaria de la regionalización, de 1988, que proponía instituir formas de representación regional en el contexto comunitario.

El primer paso fue, en el mismo 1988, el Consejo de consulta de los entes regionales y locales. Un desarrollo de carácter constitucional se tuvo sucesivamente con el Tratado de Maastricht en 1992, que preveía la institución del Comité de las regiones, como órgano consultivo y dotado de iniciativa propia, cuyos miembros ejercitan sus funciones con plena independencia, sin mandato imperativo y en el interés de la Comunidad. Se trata de uno de los dos órganos (el otro es el Comité económico social) que no son “instituciones comunitarias”, pero que al mismo modo tienen relevancia constitucional comunitaria. Por lo tanto sólo modificables con los procedimientos de revisión de los Tratados.

En la misma ocasión, el gran progreso en el proceso de unificación europea – marcado en particular por la institución de la Unión Europea, con el expreso Tratado – fue acompañado por nuevos principios que hubieran debido compensarlo con garantías hacia las instituciones más próximas al ciudadano y con intervenciones limitadas a los casos apropiados. Me refiero al principio de proporcionalidad, pero sobre todo al principio de subsidiariedad.

Este último, como ya es notorio, tiene diferentes orígenes (uno, muy importante, aunque en el interior de la iglesia Católica) y muchos significados diversos, pero en Maastricht se invocó debido a dos finalidades principales: con la presión del Reino Unido, para limitar las intervenciones de las instituciones europeas, muy reforzadas por el nuevo Tratado, y con la presión de los Estados federales y autonómicos para dar una base constitucional a la administración regional y local.

Como ha repetido en diversas ocasiones el Comité de las regiones, la aplicación del principio de subsidiariedad debe garantizar tanto las prerrogativas regionales como la autonomía local, con el respeto de los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro, dado que en muchos de ellos las entidades locales también tienen responsabilidad administrativa en asuntos comunitarios. Se trata de que la Comunidad sólo intervenga en la medida en que los Estados miembros o las esferas de gobierno que

los constituyen no puedan realizar satisfactoriamente los objetivos de las acciones previstas y que, debido a la dimensión y a los efectos de dichas acciones, su realización sea factible a nivel comunitario.

Sabemos que el funcionamiento efectivo de la subsidiariedad ha dado resultados muy diferentes. En concreto, la subsidiariedad ha mostrado un marcado carácter “ascensional”, justificando la avocación de las competencias a un nivel diferente al básico debido al carácter del interés público que persigue. De todas maneras, la subsidiariedad determina un criterio “móvil” y flexible de reparto de las competencias, a favor de un regionalismo cooperativo de carácter funcional.

6. La Constitución europea (Tratado por medio del cual se establece una Constitución europea, que en varios puntos indica una línea de tendencia irreversible) confirma expresamente el principio de la autonomía organizativa de los Estados miembros. El art. 5 (“Relaciones entre la Unión y los Estados miembros”) desarrolla significativamente el actual art. 6, coma 3, del Tratado de la Unión. Con la nueva formulación del principio sobre el respeto de la identidad nacional (donde se para el texto vigente), la Unión se compromete a respetar la “estructura fundamental, política y constitucional” de los Estados miembros, entendida como la forma institucional y de gobierno, incluyendo también “el sistema de las autonomías regionales y locales”.

Pero se retoma además el tema de la cohesión económica, social y territorial, y el consecuente compromiso de promover cada iniciativa necesaria a ese fin.

Por lo que respecta al principio de subsidiariedad, éste se introduce entre los “Principios fundamentales” de la Unión (art. 9) y se desarrolla orgánicamente en un Protocolo (junto al principio de proporcionalidad), que es parte integrante del tratado (véase art. IV-6). Las mayores novedades se concentran en una obligación procesal más concreta en las iniciativas normativas de la Comisión, y en un reconocimiento de la justiciabilidad de los actos normativos en el caso de violación del principio de subsidiariedad. Esto puede ocurrir sea por parte de los Estados miembros, sea por parte del Comité de las regiones en relación con los actos legislativos para los cuales la Constitución solicita su consulta.

Es significativo la referencia en el art. I-11, coma 3, a nivel de gobierno regional local para efectuar el test de subsidiariedad.

7. A partir de este excursus sobre la evolución del regionalismo comunitario se encuentran algunos puntos permanentes: a) la Unión europea es un ordenamiento de Estados y de individuos, pero reconoce y valoriza las regiones y los entes locales de los Estados miembros, b) los Estados miembros tienen amplia autonomía para organizar sus propias instituciones nacionales, centrales, regionales y locales, c) la Comunidad europea se reserva el derecho de controlar las decisiones de los Estados, para que no sean causa de imposibilidad o excesivos obstáculos para la plena afirmación del derecho europeo, d) la autonomía organizativa de los Estados está acompañada por el sometimiento de los entes por ellos constituidos y que obedecen a una disciplina sustancial cada vez más de origen comunitario, debido al aumento (*stretching*) de los campos de competencia comunitaria y por el carácter más completo y profundo (*deepening*) de la disciplina europea, e) permanece la responsabilidad única del Estado ante la Unión europea, incluso en aquellos Estados de estructura compleja en los que el incumplimiento de la normativa comunitaria resulta imputable exclusivamente a un ente regional (Tribunal de Justicia, sentencia I.6.1999, *Konle*, C-302/97).

De todas maneras, el sistema está lejos de tener un orden satisfactorio, incluso en el caso que entraran en vigor las previsiones del Tratado constitucional en la materia. De hecho, el Comité de las regiones deberían incrementar significativamente su papel, el proceso decisorio comunitario debería resultar netamente más participativo por parte de las regiones y los entes locales, y debería asegurarse la plena justiciabilidad de las violaciones del principio de subsidiariedad.

8. El desarrollo del regionalismo europeo ha determinado contrastes y asimetrías con los avances de las autonomías en los sistemas nacionales.

Inicialmente, las iniciativas de las regiones con carácter comunitario fueron asimiladas en casi todos los sitios como iniciativas “extranjeras”, casi como si los demás Estados miembros fuesen Estados “extranjeros” o “terceros”. En consecuencia, los Estados – a veces con el apoyo de jueces constitucionales – bloquearon estas iniciativas porque violaban el poder extranjero, que es monopolio del Estado.

Superada con esfuerzo esta fase inicial, y diferenciado el “poder extranjero” (relaciones exteriores) con las iniciativas de corte europeo, las cosas no han mejorado mucho. Varios Estados miembros no han acogido po-

sitivamente el “regionalismo institucional”, con el consecuente reconocimiento comunitario de las regiones. Las razones de esta posición residen, por un lado, en la pérdida significativa de poder por parte del gobierno central (aceptada a regañadientes, incluso en la época del triunfo aparente del Estado autonómico), y por otro lado, en el riesgo de que un excesivo autonomismo lleve a la disgregación de una política coherente de gobierno, que dañaría sea la eficacia de las políticas públicas que por el respeto de las obligaciones europeas.

Dejando a un lado la actitud centralista que caracteriza casi todos los gobiernos centrales, no hay duda de que un fuerte papel de las regiones en la actuación directa del derecho comunitario es potencialmente una fuente de violaciones del derecho europeo y una ocasión para atentar contra el principio de ejecución uniforme de las políticas europeas y de las naciones anexas. La circunstancia es aún más grave si se considera que en las violaciones del derecho comunitario son todavía los Estados miembros los únicos responsables ante la Comunidad. Se entiende que esta posición – residuo de la disposición original internacionalista de la Comunidad europea – la aprecian las instituciones comunitarias debido a la simplicidad con la cual se puede garantizar el respeto de la misma, pero el problema tiene que encontrar una nueva solución constitucional, coherentemente con el modelo de compromisos de relevancia comunitaria que involucran las regiones y los entes locales.

El argumento es reversible. Los vínculos comunitarios son para el Estado una motivación válida para prever nuevos controles sobre las acciones de los entes autonómicos, así como formas de sustitución en caso de retrasos o de una actuación de las obligaciones comunitarias.

Tomemos como ejemplo el caso de la reforma constitucional italiana del 2001. La reformulación del Título V de la Constitución – completada por las leyes ordinarias n. 131/2003 e n. 15/2005 – ha completado el camino europeo hacia nuestro regionalismo. Como prevé el art. 117, coma 5, en las materias de su competencia (que ahora son todas, menos aquellas reservadas expresamente al Estado) las regiones participan a las decisiones directas en la formación de los actos normativos comunitarios y proveen a la actuación y a la ejecución de los acuerdos internacionales y de los actos de la Unión europea, en el respeto de las normas del procedimiento establecidas por ley del Estado, que disciplina las modalidades del ejercicio del poder sustitutivo en caso de incumplimiento. Tal previsión

general luego se desarrolla puntualmente, también por lo que respecta a la potestad del Gobierno de sustituir órganos de las regiones y de los entes locales en el caso de no respetar la normativa comunitaria (art. 120, coma 2), por otro lado respetando siempre el principio de subsidiaridad y del principio de leal colaboración.

La mejor doctrina ha considerado enseguida que los compromisos comunitarios de los Estados miembros representan un potente factor de cohesión unitaria. El caso italiano es ejemplar, porque después de la reforma de la Constitución del 2001 hacia un fuerte regionalismo, el “vínculo comunitario” ha sido considerado el mejor antídoto contra una posible fragmentación degenerativa. Este vínculo no representa, sin embargo, un nuevo factor de centralismo sino una ocasión para una poliarquía efectiva, en la fase ascendente por las oportunidades de participación en el proceso decisorio comunitario que se abren para todos los componentes de la “República”, y en la fase descendente por la plena afirmación del principio de colaboración. Todo lo comprobado en el caso italiano vale también para los demás estados miembros caracterizados por un sistema autonómico.

El nuevo escenario condiciona también la naturaleza de organismo que revela el regionalismo cooperativo. Consideremos como ejemplo el suceso – que tiene evidentes rasgos comunes – de la Conferencia unificada Estado-regiones en Italia y de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE), en España. En los dos países las Conferencias representan un órgano de cooperación entre el Estado y las regiones, encargadas de articular adecuadamente la competencia entre los respectivos poderes en lo que respecta a la participación de los asuntos comunitarios.

Una vez que, por medio de diferentes recorridos constitucionales y con distintos resultados, los ordenamientos nacionales se van adaptando al regionalismo comunitario, destacan algunos problemas que necesitan soluciones homogéneas.

En la fase nacional de elaboración de las políticas comunitarias, hay que reconocer un papel importante a las asambleas regionales y locales, igual que el tienen los parlamentos. Un procedimiento compartido de esta manera resultará seguramente más complejo, pero, si bien delimitado en sus fases y en sus momentos, no perderá eficacia. Más bien, será un factor de mejor actuación de las políticas europeas elaboradas. Se sabe que una de

las razones principales de mala u omisa actuación del derecho europeo es el sentido de extrañeza que muchas administraciones públicas perciben con respecto a reglas en cuya elaboración no han participado significativamente.

En este sentido se han dado importantes pasos hacia delante, que paradójicamente han permitido desvelar la considerable falta de preparación y de sensibilidad institucional de regiones y entes locales hacia el tema europeo. En concreto, después de ganar la «lucha» para el reconocimiento de un papel europeo, muchos entes autonómicos han demostrado una modesta preparación y una organización administrativa insuficiente.

Otras implicaciones son aquellas que se refieren al papel de las Representaciones permanentes de los Estados miembros en la Unión europea; a la composición de la delegación ministerial en las reuniones del Consejo de ministros; a la legitimación de las regiones a recurrir contra, dado el caso por medio de los Estados, al Tribunal de Justicia por violaciones del derecho comunitario que constituyen violaciones de sus propias prerrogativas.

Con respecto a las Representaciones permanentes en Bruselas, en los Estados autonómicos no constituyen ya la terminal europea de los Estados-persona, sino de todas las entidades que componen el Estado-ordenamiento. Ellas tienen pues que estar organizadas como para poder representar a las instituciones comunitarias también desde el punto de vista de las regiones.

Con respecto a la composición del Consejo de ministros, la reforma prevista del Tratado de Maastricht, que permite la participación de representantes nacionales “a nivel ministerial”, permite sin ningún problema la representación de los Länder y de los Estados de las otras Federaciones. Sin embargo la reforma no deja – salvo artificios institucionales – la participación de las regiones italianas y, tal vez, de las Comunidades autónomas españolas. Hay que enmendar la actual disposición del Tratado, así que se pueda asegurar mayor flexibilidad, según los diferentes modelos nacionales.

Finalmente, con respecto a la impugnación frente al Tribunal de Justicia de las medidas comunitarias que violan los intereses de las regiones, actualmente (y creo que todavía por mucho tiempo) a falta de una norma que iguale las regiones a los Estados, como actores privilegiados (art. 230, c. 2, Tratado CE), los jueces comunitarios han considerado las regiones igual que cualquier otro sujeto que recurre. Están legitimadas para recu-

rrir sólo por lesiones directas de sus propios intereses, y en presencia de las particulares condiciones de legitimación del Tratado, interpretadas restrictivamente por el Tribunal de Justicia.

La situación actual – en mi opinión insatisfactoria – se puede sintéticamente reconocer en el caso *Regione Sicilia c. Commissione europea*, decidido por el Tribunal de Justicia con sent. 2 mayo 2006 (causa C-417/04 P). La Región de Sicilia había presentado recurso para la anulación de una decisión de la Comisión con la que se revocaba la financiación de una autopista en Sicilia, según el procedimiento previsto para los *actores privilegiados*, es decir los Estados. La Región se consideraba legitimada para reurrir directamente contra la Comisión, ya que “al ser un componente territorial de dicha República, tiene derecho a interponer, del mismo modo que ésta, un recurso de anulación contra la Decisión controvertida”.

El Tribunal ha rechazado el argumento, invocando hasta la posible crisis del equilibrio institucional. Según su constante jurisprudencia – que no querido cambiar – “el recurso de una entidad regional o local no puede asimilarse al recurso de un Estado miembro, toda vez que el concepto de Estado miembro, a efectos del artículo 230 Tr. CE, párrafo segundo, únicamente va destinado a las autoridades gubernativas de los Estados miembros. Dicho concepto no puede ampliarse a los Gobiernos de regiones o entidades de ámbito inferior al Estado sin conculcar el equilibrio institucional previsto por el Tratado”.

Para superar esta situación negativa, lo más eficaz parece la solución italiana, donde una región puede pedirle al Gobierno que interponga recurso frente al Tribunal de Justicia por violación de las reglas del Tratado relativas a sus competencias. El Estado evalúa discrecionalmente la petición, a no ser que ésta haya sido aprobada a mayoría absoluta de los miembros de la Conferencia unificada. En este caso, el Estado está obligado a presentar el recurso.

Finalmente, hay otras cuestiones menores a las que merece la pena hacer una rápida referencia. Por ejemplo el tema de las distintas oficinas que las regiones han abierto en Bruselas, aunque hoy, como hemos dicho, las Representaciones permanentes están abiertas a la contribución de las regiones. Estas oficinas regionales (en Bruselas hay más de 150) conllevan gastos considerables, disgregan la acción unitaria de los Estados y no aportan beneficios especiales a sus propias comunidades. Una vez que los procedimientos decisionales internos sobre cuestiones comunitarias ha-

yan sido reformados para permitir una participación plena de las regiones y de los entes locales, ya desaparece la base nacional para una presencia autónoma de las regiones dentro de las instituciones comunitarias.

9. El Tratado de Lisboa se compone de dos partes (la primera, reforma el *Tratado sobre la Unión europea*, y la segunda se refiere al *Tratado sobre el funcionamiento de la Unión europea*). Mi interpretación de la sección del reciente Tratado – como ya del Tratado constitucional del 2004 – es que estamos frente a una nueva “etapa” del proceso de integración europea, y no de una reforma radical del modelo actual.

La Unión Europea está, poco a poco, reconociendo el papel de las entidades de gobierno local y regional; y va superando su configuración inicial “internacionalista” de Unión de Estados. Se trata de una evolución lenta y progresiva, según el típico modelo de la “reforma continua”, apoyada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y por la ciencia jurídica.

En función del tema que abordamos, por lo tanto no nos tenemos que esperar del Tratado de Lisboa novedades tan sustanciales como las que hay en otros campos (el sistema de las fuentes del derecho, las actas públicas de la Unión Europea, la definición del valor jurídico de la Carta de los derechos fundamentales, etc.). Mas bien, podemos encontrar en él una serie de perfeccionamientos de la disciplina existente. Estos son a su vez un puente hacia futuras innovaciones.

No se trata, en mi opinión, de una ocasión perdida para Europa, sino, al contrario, de la confirmación de una tendencia institucional y política, que en este momento, se ha hecho irreversible hacia una Europa no sólo de los Estados, sino de las colectividades y de los gobiernos locales.

El nuevo artículo 2 del *Tratado sobre la Unión Europea* incluye entre los objetivos de la Unión fomentar la “cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros”. Merece la pena subrayar la referencia a la cohesión territorial, que por primera vez aparece en los Tratados.

El artículo 2 bis del TUE recupera la disposición del Tratado constitucional que afirmaba: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional».

El artículo 3 ter, además de repetir que las competencias de la Unión son «de atribución», dispone que el ejercicio de aquellas competencias «se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad».

Exceptuando la referencia a la cohesión territorial, son principios que ya están en los Tratados actuales. Sin embargo adquieren nueva importancia por el hecho de que han sido insertados en el nuevo Tratado “general” – que representa la auténtica Constitución europea, aunque no se pueda utilizar esta palabra – y, en especial, en su parte inicial, dedicada a los principios fundamentales.

El Tratado sobre el funcionamiento de la Unión europea (TFUE) desarrolla estos principios generales. El artículo 2 C establece que la Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros, entre otras, para la cohesión económica, social y territorial. Conforme al artículo 2 E, la Unión tiene una competencia menor (precisamente para «apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros») acerca de la cooperación administrativa.

El Título del Tratado dedicado a la cohesión (el decimoséptimo), no conlleva novedades relevantes; lo mismo se puede decir con respecto al Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. De todos modos, merece la pena resaltar que el Protocolo corrobora de una manera definitiva que la subsidiariedad es un principio jurídico, y no solamente político-institucional. Y que, consecuentemente, el Tribunal de Justicia puede pronunciarse a petición un Estado miembro o el Comité de las Regiones.

Hablando del Comité de las Regiones, por cierto, la Convención europea del 2003 y la más reciente Conferencia Intergubernamental no han aceptado las propuestas más novedosas, para realizar una especie de *Bundesrat* europeo que se sumase al Parlamento europeo en calidad de “*Camera alta*”, con representación indirecta.

Las novedades del Tratado de Lisboa no tienen pues especial importancia. No obstante, sería limitado considerar el papel europeo de los entes locales y de las regiones teniendo en cuenta solo el derecho primario, el derecho de los Tratados. Hay sin embargo que considerar el proceso diario marcado por los reglamentos y las directivas, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, por la realización de una administración integrada o conjunta, a la que se le llama “co-administración”. En este sentido más amplio, el avance ha sido notable y se fortalecerá en el futuro. Consideren

el papel cada vez más importante de la Unión para coordinar las administraciones públicas nacionales y para realizar el Método abierto de coordinación, al principio previsto en el 2000 como forma de “comunitarización” suave (*soft*) de la cuestión administrativa.

10. Para terminar, como efecto de la afirmación del “regionalismo comunitario”, por una parte, y del desarrollo de las autonomías regionales y locales en todos los Estados miembros por otra, las regiones no están ya en la posición de “marginalidad institucional” inicial, sino que han asumido la función de “interlocutor directo” de la Comunidad europea para la elaboración y la actuación de las políticas comunitarias.

Se trata de un desarrollo inherente a los caracteres del proceso de integración europea, por tres motivos principales. Primero: los Estados miembros tienen relevancia en el ordenamiento europeo en el conjunto del propio sistema constitucional, y no sólo como entidades jurídicas separadas. Como decimos en Italia, éstos se consideran Estado-ordenamiento y no como Estado-persona jurídica. Segundo: las regiones y los entes locales operan en las materias comunitarias según la normativa europea. Y, en el resto de sus actividades, deben garantizar el respeto de los principios fundamentales de la Unión (al menos como expresión del principio de leal colaboración, art. 107 CE). En tercer lugar, regiones y entes locales son una parte fundamental de la administración pública, que – como afirma el Tratado constitucional – es “cuestión de interés común”. Sobre este punto el Tratado confirma el principio jurídico ya existente hoy, por medio del cual la actuación efectiva del derecho de la Unión por parte de los Estados miembros es esencial para el buen funcionamiento de la Unión, y se considera una cuestión de interés común.

A pesar de todos los progresos descritos, en el derecho europeo la cuestión regional está lejos de ser ordenada definitivamente. Son todavía evidentes los equívocos de la supranacionalidad y del principio malentendido de autonomía institucional de los Estados miembros. La situación no puede considerarse definitiva ni siquiera en los ordenamientos nacionales, aunque en los últimos años se han extendido significativamente los principios autonomistas también en referencia con Europa.

Estoy seguro que nuestro Congreso contribuirá a definir las ulteriores medidas jurídicas necesarias y a aumentar la sensibilidad institucional hacia este tema que es crucial para el futuro de la Europa.

Bibliografía seleccionada

P.P. Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Il Mulino, Bologna, 2007; A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, Bologna, 2002; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2002; M.P. Chiti, *Regionalismo comunitario e regionalismo interno: due modelli da ricomporre*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 33; M.P. Chiti, *Regioni e Unione europea dopo la riforma del Titolo V della Costituzione: l'influenza della giurisprudenza coistituzionale*, in *Le Regioni*, 2002, 1401;

M. Cartabia-V. Onida, *Le regioni e l'Unione europea*, in M.P. Chiti-G. Greco (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, 991, Giuffrè, Milano, 2007; V. Onida, *Il ruolo delle regioni nel sistema comunitario*, in *Le Regioni*, 1991, 7; L. Torchia, *Regioni e Unione europea: temi e problemi*, in *Le Regioni*, 2000, 496; A. Anzon, *I poteri delle regioni dopo la riforma costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2002; L. Califano, *Stato, regioni e diritto comunitario nella legge n. 11/2005*, in *Quad. Cost.*, 2005, 860; A. D'Atena (dir.), *L'Europa delle autonomie. Le regioni e l'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2003, y, *ivi*, 237, L.M. Diez Picazo, *Comunità autonome soagnole e l'Unione europea*,; G. Falcon, *La "cittadinanza europea" delle regioni*, in *Le Regioni*, 2001, 329; P. Perez Tremps-L. Violini, *La Costituzione europea e l'organizzazione territoriale degli Stati membri*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2004, 1431; J. Voelk, *La partecipazione diretta degli enti substatali al processo decisionale comunitario*, in *Le Regioni*, 2003, 575; P. Caretti, *Ordinamento comunitario e autonomia regionale*, Giuffrè, Milano, 1979.

NOTAS PARA UNA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LAS RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS

Luciano Parejo Alfonso

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

I. LA NECESIDAD DE UNA DOGMÁTICA DE LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS Y, EN PARTICULAR, LAS ADMINISTRACIONES.

A pesar de la atención de que han sido objeto ya en la doctrina¹, las relaciones interadministrativas, que no son sino manifestación - inherente al Estado de las autonomías - de la gestión del interés general desde la múltiple responsabilidad sobre diversos círculos de intereses igualmente públicos, y, con ellas, de la concurrencia, el solapamiento y la incidencia

-
1. Con carácter general, véanse las contribuciones al número monográfico de DA sobre el principio de cooperación coordinado por A. Menéndez Rexach, DA núm. 240, octubre-diciembre 1994; en el que son destacables las propias del coordinador, La cooperación, ¿un concepto jurídico?, págs. 11 y sgs., la de L. Morell Ocaña, Una teoría de la cooperación, págs. 51 y sgs., y, desde la perspectiva constitucional, de E. Albertí Rovira, Los convenios entre Comunidades Autónomas, págs. 107 y sg., así como también J. Tajadura Tejada, El principio de cooperación en el Estado autonómico: concepto, presupuesto y fines, en El Estado autonómico: cooperación y conflicto, Anuario Jurídico de La Rioja, núm. 8 de 2002, págs. 73 y sgs.. Con relación al mundo local, deben destacarse los trabajos de A. Jiménez-Blanco, Las relaciones interadministrativas de supervisión y control, y J. Climent Barbera, La cooperación estatal y autonómica en los servicios municipales, ambos en S. Muñoz Machado, Tratado de Derecho Municipal, Thomson/Cívitas, T. I, 2ª ed., págs. 427 y sgs. y 379 y sgs., respectivamente; J. L. Rivero Ysern, La cooperación interadministrativa local, Administración de Andalucía (Revista Andaluza de Administración Pública), núm. 46, abril-mayo-junio 2002, págs. 57 y sgs. y también núm. extraordinario 2/2003, Vol. I, págs. 61 y sgs.; María Teresa Carballeira, La cooperación interadministrativa en la LBRL, REALA núm. 257, enero-marzo 1993, págs. 45 y sgs.; así como también el propio autor: L. Parejo Alfonso, Relaciones interadministrativas y régimen local, REALA núms.. 40/41, enero-marzo 1984, págs. 195 y sgs.; y también, más recientemente, comentarios a los artículos 10, 55, 56, 57, 58 y 59 de la Ley básica de régimen local, en la obra colectiva dirigida por M. Rebollo Puig, Comentario a la Ley reguladora de las bases de régimen local, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

recíproca de las potestades administrativas, siguen a la espera de una satisfactoria construcción dogmática general.

Pocas, aunque significativas, son las referencias en la CE a las condiciones de funcionamiento del Estado dotado de peculiar construcción territorial que articula: la organización en tres instancias territoriales básicas (art. 137 CE²) sobre los principios de unidad, autonomía y solidaridad (art. 2 CE), correspondiendo a la instancia central o general garantizar la solidaridad efectiva (art. 138 CE) al servicio de un orden político-social en que se dé una igualdad de derechos y deberes de los ciudadanos no perturbable por medida de autoridad alguna (art. 139 CE).

Como pone de relieve la denominación misma del título VIII CE, el funcionamiento de ese Estado es cuestión perteneciente a la organización; cuestión desde siempre, y aún hoy, descuidada entre nosotros³ tanto en el plano constitucional como, especialmente, en el administrativo y precisamente por lo que hace al funcionamiento o las relaciones entre los poderes públicos. Del estado de la cuestión da cuenta la afirmación de L. Morell Ocaña⁴: el uso anfibológico o indistinto de los términos acredita que hasta ahora el Derecho público no ha necesitado un esfuerzo de depuración conceptual.

Falta, pues, una verdadera teoría general de las relaciones interadministrativas y, con ellas y en palabras de L. Morell Ocaña⁵, del haz de problemas en los que la interdependencia entre los poderes y los entes públicos puede y debe resolverse mediante el acceso de los unos a la esfera jurídica de los otros, realizando en el entorno de la misma una prestación o prestaciones en beneficio de su titular.

2. La instancia central o general está presupuesta y, por tanto, implícita en el precepto. Y la provincial y la municipal se resumen en la que la propia denominación del capítulo II del título VIII de la CE denomina «Administración local».

3. Con notables excepciones, entre las que destaca A. Gallego Anabitarte, *Derecho General de la Organización*, Madrid, 1971, y también -junto con A. de Marcos Fernández- "Derecho General de la Organización" en *Derecho administrativo I. Materiales*, Madrid, 1993.

La situación entre nosotros no es, de otro lado, peculiar, dándose también en los países de nuestro inmediato entorno. Como para la situación en Alemania ha destacado D. Czybulka, *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung unter Berücksichtigung ihrer Organisation sowie der Entstehungsgeschichte zum Grundgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg 1989, el abandono por la dogmática de la organización justifica en este campo la afirmación de N. Achterberg de la existencia de un balance deficitario en la teoría del Estado.

4. L. Morell Ocaña, op. cit. en nota núm. 1.

5. L. Morell Ocaña, op. cit. en nota núm. 1.

Los términos en que se ha desarrollado el Estado autonómico no han favorecido precisamente el cultivo de la materia y su construcción dogmática:

- En el primer momento priman las relaciones bilaterales (la lógica dual; la separación) por razón del peso específico de las dos Comunidades Autónomas con gobierno nacionalista. La imbricación en términos de cooperación, no digamos ya de coordinación, es así vista con recelo por sospechosa de portar un recorte de competencias y, por tanto, de la autonomía. De esta suerte, ni siquiera en las Comunidades Autónomas constituidas al amparo del artículo 143 CE llegan a aplicarse con efectividad las previsiones del pacto autonómico de 1981. Pues aunque la doctrina científica⁶ y el propio Tribunal Constitucional (SsTC 18/1982, 4 mayo; 64 /1 982, 4 noviembre) resaltan la importancia de la colaboración, la cooperación y la coordinación, los instrumentos articulados efectivamente por el legislador general distan de ser adecuados y satisfactorios. Es significativo que, en su versión primera, los Estatutos de Autonomía no dediquen especial atención al momento de contribución al funcionamiento solidario del Estado como un todo.

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional sienta una doctrinal constitucional, conforme a la cual: i) el principio del deber general de colaboración no está precisado de justificación en preceptos concretos del orden constitucional por implícito (también en términos de cooperación) en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado (SsTC 18/1982, 4 mayo; 80/1985, de 4 julio; y 96/1986, 10 julio); ii) de suerte que es en todo caso aconsejable una colaboración adecuada que ayude a la búsqueda soluciones equitativas, incluso al margen de la distribución territorial de competencias; iii) el principio se vincula a la solidaridad del artículo 2 CE en clave de lealtad institucional (STC 64/1990, 5 abril); y iv) su eficacia es tanto negativa: impone el respeto a los intereses generales del conjunto y a los particulares de otras instancias, como positiva: incorpora la obligación de una actitud constructiva para con el conjunto y con las demás autonomías y, en particular, el deber de mutuo y recíproco auxilio concretado en la exigencia de suministro de la información precisa para el ejercicio de las competencias

6. Por todos, los trabajos contenidos en el libro colectivo E. García de Enterría (coordinador), *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1980.

(SsTC 76/1983, 5 agosto; 80/1985, 4 julio). Es una doctrina ésta, empero, que no ha llegado a tener la potencia suficiente como para decantar en la praxis la cultura de colaboración leal precisa para el correcto funcionamiento del Estado.

La Ley 12/1983, 14 octubre, del proceso autonómico, primera regulación legal ordinaria en clave cooperativa, fracasa, en efecto, en este contexto inicial: en el Estado autonómico en el que marcan la pauta -bilateralidad- las Comunidades Autónomas con gobierno nacionalista. De ahí la escasa significación de las fórmulas de colaboración llamadas a servir la coordinación (como resultado).

- La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local pretende ya, desde la perspectiva que le es propia, una regulación sistemática de las relaciones de colaboración, pero, además de ser incapaz de inducir por sí sola una dinámica cooperativa al conjunto de la estructura estatal, tarda en comprenderse (si es que lo llega a ser del todo) y desde luego en aplicarse y sufre la suerte general del régimen local.

- Es lógico, así, que los Acuerdos autonómicos de 1992 se ocupen de la cuestión y contengan propuestas para desarrollar justamente el principio de cooperación. Y lo hacen apostando significativamente por las Conferencias Sectoriales como medio habitual y normal -en términos de relación institucional- para articular las relaciones entre los diversos complejos de gobierno y administración territoriales y distinguiendo entre Conferencias consultivas y de participación en la toma de decisiones. Pero la efectividad de las relaciones así articuladas tropieza con las dificultades que comporta la enorme diversidad de los techos competenciales. De donde la incorporación también del objetivo de homogeneización de éstos. Si esta homogeneización se consigue en lo sustancial, la persistencia escasa, por no decir nula, atención a la cuestión de la colaboración en las reformas de los Estatutos de Autonomía revela la ausencia de todo significativo avance en este terreno.

- Finalmente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (modificada, de modo significativo, en 1999 y hoy vigente), llamada constitucionalmente a desarrollar en este punto -y por lo que hace al poder público administrativo- la Constitución, se ocupa ciertamente de la materia, inspirándose en la Ley 7/1985, de 2 de abril, pero, además de hacerlo de modo insuficiente, margina el núcleo duro de los problemas rela-

cionados con la coordinación, en especial la vinculante, y renuncia en todo caso a la definición de un verdadero sistema general de relaciones interadministrativas (de la que queda fuera por supuesto la ya obligada perspectiva de la integración supranacional).

- En su estadio actual, el proceso, más que de reforma de sus Estatutos, de «reconstitución» de las Comunidades Autónomas iniciado con el nuevo Estatuto catalán, está lejos de propiciar no ya la mejora, sino siquiera la consolidación de los insuficientes progresos en la dinámica cooperativa del Estado.

Excede con mucho de las posibilidades de estas reflexiones el análisis de la dimensión estrictamente constitucional -las relaciones de los órganos constitucionales entre sí- de la cuestión que constituye su objeto. Deben centrarse, pues, en las, ciertamente de relevancia constitucional, que median entre las piezas del poder público administrativo, del complejo que -tomando a préstamo la expresión con la que se rubrica el Título IV CE- cabe calificar como «Gobierno-Administración»; complejo orgánico y funcional éste, que se extiende a lo largo de los tres niveles de la organización territorial del Estado: el integrado en la instancia general, objeto de regulación directa en dicho título constitucional; el que lo está en la instancia autonómica, resultante de los artículos 152.1 y 154 CE⁷; y el «gobierno y administración» de Municipios y Provincias al que se refieren los artículos 140 y 141.2 CE, respectivamente. A él, en su dimensión administrativa, se refiere el artículo 149.1.18 CE, del que la STC 76/1983, de 5 de agosto, tiene dicho que comprende -a título de reflexión del Estado sobre sí mismo- la regulación de las relaciones entre las Administraciones que integran el poder público administrativo y, por tanto, las bases, de y para la coordinación de las mismas. De donde se sigue que *tales bases del sistema del referido poder público administrativo no son otra cosa que continuación, en sede legislativa ordinaria, de la organización constitucional del Estado*, la cual, a pesar de su carácter escueto y gracias a su condición de Derecho imperativo, *excluye la conceptualización de la organización administrativa como un «indiferente constitucional» y, por tanto, una ilimitada libertad de configuración del legislador ordinario en este terreno*. La articulación de la organización

7. El modelo que prefigura este precepto (Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas; el art. 154 CE habla de la Administración propia de la Comunidad Autónoma), aunque referido a las Comunidades Autónomas constituidas al amparo del artículo 151 CE, ha sido generalizado.

administrativa depende de la interpretación del relevante orden constitucional, que la encuadra, le señala directivas y le impone límites.

Toda regulación del poder público administrativo y, en particular, del sistema de relaciones entre sus piezas es, pues, desarrollo precisamente del orden constitucional organizativo y él mismo es, consecuentemente, Derecho de la organización. El artículo 103.1 CE es sin duda el precepto clave y de referencia para el conjunto de las Administraciones públicas que integran aquel poder. Y hace descansar la organización de éste sobre la trilogía descentralización-coordinación-eficacia.

Mientras el principio de descentralización, en cuanto conectado con el principio estructural de autonomía, impone la continuación de la lógica de la organización territorial del Estado en el plano administrativo y postula, así, la fragmentación del poder administrativo para su distribución en una pluralidad de instancias diferenciadas o separadas en paralelo y correspondencia con las de la referida organización territorial y sus respectivos ámbitos de responsabilidad en la gestión de los asuntos públicos⁸, el de coordinación es sin duda el trasunto, en el aludido plano, de los principios estructurales de unidad-solidaridad, expresando así la servicialidad última del poder público administrativo, como un todo coordinado, a la unidad sustantiva constitucional. Esta servicialidad se revela justamente en el principio de eficacia, que introduce en el estatuto constitucional de dicho poder -junto a la que resulta del sometimiento al ordenamiento jurídico postulado por el principio de legalidad- la legitimación precisamente por el resultado. Este último es ciertamente compatible con los dos anteriores, pero en su combinación con el segundo, es decir, en el campo que implique la acción de dos o más de las piezas del poder administrativo, exige la superación de la pluralidad, sin anularla, en el resultado, en la realización del interés general objetivo conforme al orden constitucional y, por tanto, la unidad que éste representa. En la medida en que en el Estado, que es autónómico sin renunciar a su condición de Estado democrático y social de Derecho, esa legitimación -como se sigue sin más del artículo 9.2 CE- debe predicarse por supuesto de las distintas Administraciones de las instancias territoriales autónomas entre sí, pero también del conjunto de ellas hasta donde y cuando proceda. No precisa de mayor justificación

8. Precisamente por su conexión con el de autonomía, el principio sirve a la par a la extensión del juego, en el seno del poder administrativo, de la limitación y el equilibrio reclamados por el principio de división de poderes insito en el de Estado de Derecho.

que esta exigencia no puede dejar de repercutir sobre las organizaciones mismas y su funcionamiento, pues de una y otro depende, en definitiva, la posibilidad de la producción misma del resultado coherente demandado por el interés general definido desde el orden constitucional. No es casualidad, por ello, la referencia del artículo 103.1 CE a la doble vertiente de la administración pública: sujeto y acción. Se entiende perfectamente, por ello, la anfibología que se suele lamentar en el concepto de coordinación. Pues con él ha de significarse y se significa, gracias a su alto grado de abstracción, *el conjunto de requerimientos organizativos, de funcionamiento, de acción y de resultado inscritos en el principal estatuto constitucional de la Administración pública.*

Puede convenirse, así, con A. Menéndez Rexach⁹ en que la construcción del sistema de relaciones interadministrativas reposa por completo en tres técnicas de elevada abstracción y, por tanto, pobreza de contenido significativo propio: la colaboración, la cooperación y la coordinación. Y, en efecto, estos conceptos se manejan en la doctrina unas veces como sinónimos y otras como diferentes y aún contrapuestos, lo que pone de manifiesto la dificultad de su aprehensión y determinación jurídicas.

Sin embargo, la doctrina dominante considera sinónimos la colaboración y la cooperación, poniendo así el acento en su diferenciación de la coordinación. Estas operaciones se cumplen sobre un presupuesto y con arreglo a tres criterios. El presupuesto no es otro que la negación a la colaboración -con la doctrina constitucional (STC 118/96, de 27 de julio)- de la condición de título competencial invocable para interferir en el ejercicio de otras competencias. En él se apoya la diferenciación por E. Albertí Rovira¹⁰ entre relaciones interadministrativas competenciales y no competenciales, las segundas de las cuales no derivan del reparto o distribución de competencias, sino del ejercicio autónomo de competencias propias y son, por ello, las que deben inspirarse en principio de colaboración. Sobre esta base:

- La cooperación se ofrece articulada por las notas de voluntariedad, igualdad posicional e imposibilidad de imposición unilateral de cualquier decisión (lo que la diferencia radicalmente de la coordinación, a la que es inherente cierta capacidad directiva o decisoria y, por tanto, una posición de superioridad o supremacía; en este sentido: STC 214/1989,

9. A. Menéndez Rexach, op. cit. en nota núm. 1.

10. E. Albertí Rovira, op. cit. en nota núm. 1.

21 de diciembre). Esta es la razón por la que no puede desplegar virtualidad alguna como límite a las competencias. Aunque ciertamente pueda afectar al ejercicio de éstas, encuentra su techo propio en la titularidad, no disponible, de las competencias.

- La coordinación sí que supone, por el contrario, un límite a las competencias. Pues si bien no comporta sustracción o menoscabo de éstas (ya que las presupone), sí implica la facultad de decidir, que hace imposible el respeto total de las competencias implicadas (STC 27/1987, de 28 de febrero). De ahí que, como tempranamente señaló el Tribunal Constitucional para la autonomía local (STC 12/1982, 4 de mayo), afecta a ésta en cuanto límite al pleno ejercicio de las competencias por ella cubiertas. La consecuencia no es otra que la restricción de su juego legítimo a los casos tasados expresamente previstos en la Ley (a diferencia de lo que sucede con la cooperación, siempre posible en función del deber general implícito en la forma de organización territorial del Estado y que no es menester justificar en preceptos concretos).

Este sintético resumen revela un estado de la cuestión que, además de insatisfactorio, no ha pacificado la diferencia entre la cooperación y la coordinación en la que descansa -conceptos que la más reciente doctrina constitucional STC 102/1995, 26 julio tiende aún a confundir más-, y tampoco ha clarificado la posibilidad o no de la existencia de la cooperación forzosa, cuestión, que surge de suyo de la siguiente reflexión: si la colaboración es un deber general ¿cómo puede ser compatible con la voluntariedad de su cumplimiento? Y aunque no pueda negarse el avance en la distinción entre la cooperación y la coordinación, bajo el primer concepto (usado como sinónimo de la colaboración), de un lado, se incluye una variedad proteica de supuestos requirente de mayor sistematización y, de otro y quizás por no responder al criterio de la voluntariedad, se excluyen otros que tampoco encajan en la coordinación, atribuyendo a este concepto un contenido decisorio que parece imprescindible para su sustantividad propia.

Es tarea pendiente en todo caso la formulación de un esquema completo de las técnicas cooperativas y, enmarcándolo, de un cuadro general de las relaciones interadministrativas articuladas en torno a los términos «ómnibus» de la colaboración, la cooperación y la coordinación. No existe, pues, referencia alguna, no ya normativa, sino siquiera dogmática, en punto al régimen de validez de las relaciones interadministrativas. Y ello repercute de forma notable en el control judicial.

II. EL SIGNIFICADO CONSTITUCIONAL DE LOS TRES INSTITUTOS BÁSICOS DE LAS RELACIONES INTER-ADMINISTRATIVAS.

I. La dificultad de la interpretación constitucional; la colaboración, la cooperación y la coordinación como institutos del Derecho de la organización con la doble condición de principios y deberes.

La CE emplea en pocas ocasiones los conceptos de colaboración y cooperación y en algunas más, aunque tampoco abundantes, el de coordinación, haciéndolo indistintamente en sus partes dogmática y organizativa (con notable mayor frecuencia, no obstante, en la segunda)¹¹.

Es ésta una base ciertamente insuficiente para hacer convincente la inferencia doctrinal (Entrena Cuesta¹², Menéndez Rexach¹³) de que, en el

11. “ Los preceptos de la CE en los que se utiliza alguno de ellos son los siguientes:

- Art. 16.2 CE: Los poderes públicos mantendrán las consiguientes **relaciones de cooperación con** la Iglesia Católica y las demás confesiones.

- Art. 98.2: El Presidente **coordina** las funciones de los demás miembros

- Art. 103.1: La Administración pública sirve con objetividad Y actúa de acuerdo con los principios de **coordinación**

- Art. 129.2 CE: Los poderes públicos fomentarán, mediante una legislación adecuada, las **sociedades cooperativas**....

- Art. 131.2 CE: El Gobierno elaborará los proyectos de planificación de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por la Comunidades Autónomas y el asesoramiento y **colaboración** de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas.

- Art. 143 CE: convenios entre CCAA. En los demás supuestos los **acuerdos de cooperación** entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales.

- Art. 148.1.22 CE: ... La **coordinación** y demás **facultades** en relación con las policías locales en los términos que establezca una Ley orgánica.

- Art. 149.1.13 CE: Bases y **coordinación** de la planificación general de la actividad económica.

- Art. 149.1.15 CE: Fomento y **coordinación** general de la investigación científica y técnica.

- Art. 149.1.16 CE: Bases y coordinación general de la sanidad

Art. 154 CE: Un Delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la **coordinará** ... con la Administración propia de la Comunidad.

- Art. 156.1 CE: Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera ... con arreglo a los **principios de coordinación** con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles.

- Y art. 156.2 CE: Las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o **colaboradores** del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las Leyes y los Estatutos.

12. R. Entrena Cuesta, Curso de Derecho administrativo, vol. 1/2, Tecnos, 1996, págs. 41 y sgs.

13. A. Menéndez Rexach, op. cit. en nota núm. 1.

texto constitucional, la colaboración siempre hace referencia a la participación auxiliar o complementaria en una función ajena o no propia, mientras que la cooperación se refiere a la relación, en pie de igualdad, entre titulares de competencias propias.

Del texto constitucional se desprende más bien que los mencionados conceptos i) se emplean sin pretensión de rigor técnico, ni, por tanto, de significación específica alguna más allá de la simple alusión a la exigencia del funcionamiento armónico y no disfuncional del poder público (las piezas del Estado-organización deben colaborar, cooperar, coordinarse para que el Estado ordenamiento-acción eficaz realizada ofrezca una imagen-resultado de coordinación); y ii) remiten a una amplia gama de comportamientos: desde el auxilio y la complementariedad (desde competencias distintas y separadas), hasta la puesta en común de dos o más competencias sustantivas compartidas o concurrentes, sea o no desde una posición de igualdad.

El problema que para la interpretación constitucional plantean estos tres conceptos básicos radica en que todos ellos (véase el Diccionario de la Real Academia de la Lengua) *significan simultáneamente*: la *acción* misma de colaborar, cooperar y coordinar, de un lado, y el *efecto* de esa acción (estado resultante), de otro lado.

Lo que diferencia, pues, la coordinación (como acción) es que supone un *plus* (el consistente en concertar medios, esfuerzos, etc.. para la acción en común) respecto tanto de la cooperación, que alude sólo al obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin, y la colaboración, cuyo significado no va más allá del de trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra, es decir, de contribuir o ayudar con otros al logro de un fin. Ese *plus* diferenciador, pues *alguien tiene que concertar, ordenar*, hace de la coordinación una *colaboración-cooperación ordenada, concertada en la acción por relación al resultado*¹⁴. Sin él la colaboración-cooperación se une sólo en el fin (no en los medios).

Esta primera aproximación permite ya afirmar que, no sólo la coordinación (como se sigue de la doctrina del Tribunal Constitucional y, con ella,

14. Esta interpretación a partir del significado general del concepto en la lengua coincide en el fondo con la jurídica del Tribunal Constitucional, conforme a cuya Sentencia 32/1983, 28 de abril, la coordinación consiste en la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema.

de la científica), sino también la colaboración y la cooperación, es decir, las tres categorías consideradas, son, desde la Constitución y en cuanto *institutos del Derecho de la organización, simultáneamente: principios* (referidos a las condiciones de la acción y al estado resultante de la misma) y *elementos del status de los poderes públicos* (las organizaciones administrativas en tanto que sujetos) y, por proyección, también del *régimen jurídico de las potestades-competencias de éstos* (ofreciéndose en tal sentido como *deberes*). Lo que no niega la diferenciación de la coordinación.

Lo que determina esa diferenciación y hace, por ello, la peculiaridad de la coordinación, es el *plus* antes aludido, que le hace incluir -superándolos- los momentos propios de la colaboración y la cooperación (la coordinación se puede alcanzar colaborando, cooperando o coordinando), revela su importancia para la unidad constitucional y explica su directa y más numerosa previsión constitucional, incluso en términos de competencia (arts. 98.2, 148.1.22 y 149.1.13, 15 y 16 CE).

2. La colaboración, la cooperación y la coordinación como principios.

En la Constitución la colaboración, la cooperación y la coordinación, así entendidas, se ofrecen, pues y en primer lugar, como principios, en cuya calidad:

- *Lo son del sistema de poderes públicos administrativos* (inscritos en las correspondientes instancias territoriales autónomas), por lo que definen organizativamente -por relación al funcionamiento y el resultado de la acción- la dimensión unitaria de la Administración pública en el Estado autonómico.
- *Operan desde la estructura interna que les es inherente y que determina el de coordinación en tanto que el más general, abstracto y comprensivo, toda vez que incluye los requerimientos de los otros dos.* Por ello, cuando se dice que el de colaboración-cooperación está implícito en el orden constitucional debe entenderse, mas precisa y correctamente, que lo está a través de la proclamación explícita del de coordinación en el artículo 103.1 CE para toda la Administración pública. Téngase en cuenta que, en el precepto, la coordinación se predica de la Administración-organización (y, por tanto, de cada uno de los sujetos del mismo) y de la Administración-actividad (de la de los diversos sujetos por separado y

la del conjunto de ellos en cuanto colaboradores-cooperantes que son, bien coordinadores, bien coordinados).

- Y, por ello, *incorporan ex constitutione los correspondientes fines comunes* (reconducibles a la coordinación como resultado) *al status de cada uno de los sujetos-organizaciones* (vinculación jurídica general de éstos a tales fines) y *a su respectiva actividad* (vinculación de ésta a dichos fines y, por tanto, de todas las potestades-competencias de que la misma constituye actuación). De esta suerte los fines comunes, siendo *transversales a ellos*, forman de suyo bloque con los peculiares (según su específica legislación programadora) de las correspondientes concretas potestades-competencias (cara a la trascendencia, en la gestión, de los respectivos intereses para realizar el interés general objetivo).

Y ello, en virtud de la exigencia constitucional de su *interiorización* por el régimen de dichas concretas potestades-competencias.

- En su virtud, *resultan ser también, subjetivamente, deberes generales de los sujetos-organizaciones y parte del contenido funcional de sus potestades*, sobre las que se proyecta a los efectos de la expresada trascendencia.

- Consiguientemente, *modulan ex constitutione la autonomía* (gestión bajo la propia responsabilidad) *de los sujetos-organizaciones en lo estrictamente necesario* (y, por tanto, en diverso grado: de menor a mayor; mediante o a través de diversas técnicas) *para la repetida trascendencia y en función de la textura e imbricación de los intereses públicos* (los círculos de intereses públicos gestionados con autonomía ex artículo 137 CE). Hasta llegar -en el supuesto máximo (la coordinación forzosa)- a imponer un límite al ejercicio de la propia competencia.

- *Encuentran fundamento constitucional en el alcance de la competencia atribuida en régimen de autonomía sólo hasta donde llega el círculo territorial de intereses públicos de la encomienda constitucional de cuya gestión se trate.*

Y ello con independencia de los términos de la atribución legal y a la vista de las circunstancias del caso (por naturaleza o por razones de urgencia) de las competencias.

Desde esta perspectiva, el sistema de relaciones interadministrativas se ofrece como mecanismo de corrección o ajuste, para supuestos determinados, del ejercicio de competencias diversas; incluso, del sistema mismo de reparto de competencias. Lo que confirma su carácter orga-

nizativo, pues lo mismo sucede, al interior de las organizaciones, con la desconcentración, la delegación (de firma o verdadera), la encomienda de gestión, la avocación, etc....

Y en el supuesto límite de la coordinación forzosa, el fundamento expuesto se complementa con la estructura misma de los círculos de intereses públicos correspondientes a la organización territorial del Estado, pues conforme a ella los más amplios y generales gozan de supremacía sobre los más estrechos o reducidos y particulares.

La diferenciación de la coordinación, sin embargo, no hace de la colaboración y la cooperación entidades idénticas o de contenido coincidente, siempre en el plano constitucional en el que ahora se razona. E. Albertí Rovira¹⁵, tomando pie en la conexión establecida por el Tribunal Constitucional entre solidaridad y colaboración-lealtad, señala, en efecto, que la solidaridad representa un límite negativo al ejercicio de las competencias, mientras que la colaboración tiene un contenido positivo. La colaboración afecta directamente, pues, a la independencia de las partes en el ejercicio de sus funciones, de modo que exige de ellas una determinada actuación positiva, dando lugar al establecimiento de una concreta relación entre ambas.

En realidad, *la colaboración lato sensu* (derivada de la lealtad institucional) es más bien un principio constitucional (implícito), que comporta una modulación de la independencia y separación de las instancias territoriales del Estado en el ejercicio de sus potestades-competencias, precisamente porque modula su status de autonomía. Es, en definitiva, el género del que resultan las especies de la colaboración *stricto sensu*, la cooperación y la coordinación.

Como tengo dicho en otro lugar¹⁶, las concretas técnicas de cooperación y de coordinación precisan para poder ser eficaces en el resultado (coordinación), un clima y un fluido comunes propicios, que no es otro que el de la colaboración. Ésta es presupuesto obviamente de aquél (el resultado: la coordinación), por lo que se infiere sin más del mismo como exigencia existencial del complejo Estado de las autonomías: *la colaboración es, en el plano del funcionamiento, la otra cara de éste, el reverso de la que, en el plano de la estructura, dibuja la autonomía de las organizaciones con el deslinde de las competencias a ejercer bajo la propia responsabilidad.*

15. E. Albertí Rovira, op. cit. en nota núm. 1.

16. L. Parejo Alfonso, op. cit. en nota núm. 1.

Desde este punto de vista, la colaboración *lato sensu* y la coordinación definen, como principios (implícito el primero, pero presupuesto del segundo explícito), el fin institucional de la totalidad de las técnicas puestas al servicio del esquema de las relaciones interadministrativas, incluidas las que no son de coordinación sino de mera cooperación. Pues dicho fin consiste en la coordinación (como estado-resultado) de la acción del poder público gracias a la colaboración entre sus distintas piezas autónomas. Aquí acierta el artículo 10.1 LrBRL, a pesar de las críticas de que ha sido objeto.

Así pues la colaboración *lato sensu* cumple en el Estado autonómico, *mutatis mutandis*, el mismo papel que en la Unión Europea desempeña la obligación genérica de hacer (adopción de las medidas generales y particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del TCE o resultantes de los actos de las instituciones comunitarias y facilitación de la misión de la instancia supranacional) y no hacer (abstención de cualesquiera medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines enunciados en el TCE) que, con idéntica anfibología¹⁷, establece el artículo 10 TCE.

Cabe sostener por ello también en Derecho interno que la colaboración es un principio que, en el plano del Estado administrativo, se traduce en un deber general de i) actuar de todas y cada una de las Administraciones como parte de un complejo articulado de poderes públicos, y ii) abstenerse de toda actuación contradictoria con el sistema. Y ello con mayor razón e intensidad que en Derecho comunitario, dada la integración plena que implica el Estado definido por la CE.

3. La colaboración, la cooperación y la coordinación en cuanto deberes.

En tanto que deber, la colaboración y, a su través, también la cooperación y la cooperación:

17. La Declaración número 3, sobre el artículo 10 TCE, anexa al Tratado de Niza, 2001, dice: “La Conferencia recuerda que el deber de cooperación leal que se deriva del artículo 10 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y que rige las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias, rige también las relaciones entre las propias instituciones comunitarias. Por lo que respecta a las relaciones entre las instituciones, cuando en el marco de dicho deber de cooperación leal sea necesario facilitar la aplicación de las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión podrán celebrar acuerdos interinstitucionales. Estos acuerdos no podrán modificar ni completar las disposiciones del Tratado y sólo podrán celebrarse con el consentimiento de esas tres instituciones”.

- Se proyecta sobre todas las potestades-competencias sustantivas o materiales.
- Su alcance depende de las exigencias del sistema, por lo que se concreta en principio en obligaciones generales (de colaboración) y, sucesivamente y sobre el fondo que ellas proporcionan, de las más concretas de acción cooperativa y acción coordinada en función del grado de coherencia o integración de la acción administrativa que demande la textura e imbricación de los intereses públicos presentes en cada caso y del juego, por tanto, de unas u otras técnicas articuladoras justamente de la colaboración administrativa: la cooperación y la coordinación. Estas últimas no son, pues, sino concreciones sucesivas de la colaboración en el sistema, moduladores de la incidencia de los requerimientos de dichas relaciones producen en la(s) autonomía(s) correspondiente(s).
- Y su violación puede hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales (como ha destacado especialmente J. Tajadura Tejada¹⁸).

4. Los consecuentes presupuestos del sistema de relaciones interadministrativas.

En todo caso, el entero el esquema de relaciones a que la colaboración así entendida da lugar y que ella sostiene, descansa¹⁹ sobre tres presupuestos:

I. Por de pronto, el de *respeto a los ámbitos competenciales respectivos*.

La autonomía no se diluye, ni desnaturaliza por efecto de la necesaria integración del gobierno y la administración de cada instancia territorial en la dinámica del poder público administrativo como complejo de organizaciones-actividades constitutivo de un específico subsistema del Estado de las autonomías; antes al contrario, esa integración se cumple precisamente desde el estatuto propio de cada pieza del subsistema, en el seno del cual dichas piezas continúan portándolo y conservándolo en todo momento. Y ello incluso en el supuesto de mayor intensidad de las relaciones interadministrativas -el que justifica el juego de la técnica de coordinación-, como de forma clara dispone, para las entidades

18. J. Tajadura Tejada, op. cit. en nota núm. I.

19. Como, desde 1985, precisa el artículo 10. I LrBRL correctamente, a pesar de las injustificadas críticas de que ha sido objeto.

locales, el apartado 4 del artículo 10 LrBRL: las funciones de coordinación no afectan en ningún caso a la autonomía (cuyo núcleo es la autoorganización). Cualquier otra solución supondría el contrasentido de la anulación de la lógica constructiva misma del Estado autonómico en el momento decisivo de su funcionamiento como tal.

2. Pero inmediatamente: *el de la solidaridad* (en su traducción legal ordinaria como *lealtad institucional*), que tiene rango constitucional y está implícito en la construcción de las relaciones interadministrativas sobre deberes de interacción positiva -en definitiva, de colaboración- desde el referido respeto a los ámbitos competenciales respectivos.

3. Y, finalmente, *el de la transparencia informativa*. Las relaciones interadministrativas descansan por entero, en efecto, sobre la fluidez y plenitud del flujo de la información necesaria y pertinente entre las Administraciones públicas concernidas por un mismo asunto. No es por ello casual que la enumeración de deberes que hace el apartado 1 del artículo 10 LrBRL comience precisamente por el referido a *la información mutua*. Ésta -la información- es, así, tanto presupuesto del correcto funcionamiento del esquema de relaciones, como soporte y contexto del contenido mismo de estas relaciones, es decir, de la colaboración para la coordinación y, por tanto, del éxito de las técnicas de cooperación y coordinación. En este sentido igualmente la doctrina del Tribunal Constitucional²⁰.

20 A este respecto, la STC 6/1993, de 8 de marzo, afirma que: «La existencia de deberes recíprocos de intercambio de información entre las Administraciones públicas implicadas es una consecuencia del principio general de colaboración que debe presidir las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas -y en general entre cualesquiera Administraciones territoriales- y que no es preciso justificar en preceptos concretos, porque se deriva de la esencia del modelo de organización territorial que la Constitución implanta [STC 76/1983, fundamento jurídico 11, una doctrina iniciada en la STC 18/1992, fundamento jurídico 14, y reiterada, entre otras, en las SSTC 104/1988, fundamento jurídico 5; 103/1989, fundamento jurídico 9 a); 236/1991, fundamento jurídico 6]. La previsión legal y expresa de ese deber de información recíproca, por sí sola, no implica extensión alguna de las competencias estatales [STC 80/1985, fundamento jurídico 2]. Y hay consecuentemente que entender, dado el carácter bilateral y recíproco de ese deber que no juega únicamente en provecho del Estado, que tampoco implica una indebida extensión de las competencias autonómicas. Bien es cierto que en ocasiones la imposición de deberes de información pudiera hacer pensar que pretende, en realidad, una intervención más intensa en la actividad de otras Administraciones públicas o la imposición de la prestación de otro tipo de servicios [STC 123/1984, fundamento jurídico 5]; o, incluso, crear un método «encubierto difuso o indirecto de control» de una Administración por parte de otra, dada la intensidad de esa información [STC 104/1988, fundamento jurídico 5]. Pero ello no es así inevitablemente y sin necesidad de mayores argumentaciones. Como regla general, por tanto, la previsión legal

III. LAS PIEZAS DEL SISTEMA.

I. Las relaciones de convivencia: el reino de la mera colaboración y el código de fondo de las relaciones interadministrativas.

Sobre todas y cada una de las organizaciones administrativas pesa, en este ámbito basal del sistema, el deber general, capaz de diversificarse en contenido y alcance, que deriva del principio general de colaboración. Al tener éste -y, por tanto, aquél- porte constitucional, el contenido diverso en que se desagregue el deber, así como, por tanto, el de este mismo, no es otro que el proyectado en cada caso por las exigencias del orden constitucional, impidiendo desde luego la interdicción de toda legislación meramente interpretativa (Tribunal Constitucional *dixit*) que la legislación ordinaria de desarrollo pueda aspirar a delimitarlo con carácter general. Por ello ha podido sostener E. Alberti Rovira²¹ la posibilidad de una violación del deber de colaboración que no suponga necesariamente una violación de los términos legales de su regulación.

No obstante, los artículos 55 LrBRL y 4 LRJPAC, que han superado el control de su constitucionalidad, incluyen los siguientes deberes más específicos: i) respetar el ejercicio legítimo de otras competencias; ii) pon-

de deberes de información recíproca no supone, en si misma, el ejercicio de competencias ni tampoco realmente el ejercicio de funciones de coordinación preventiva, algo que es necesaria y lógicamente siempre un momento ulterior al del intercambio y acopio de información, aunque se encuentre íntimamente unido [STC 45/1991, fundamento jurídico 4]». Y la STC 233/1999, de 13 de diciembre, rechazando la inconstitucionalidad de las correspondientes previsiones de la legislación de las haciendas locales, fundamenta la comunicación de información establecida por el legislador en «... un deber de colaboración dimanante tanto del general deber de auxilio recíproco entre órganos estatales, autonómicos y locales, como del específico deber que establece el art. 8.1 LHL, no impugnado; un deber que, como hemos señalado reiteradas veces, «no es menester justificar en preceptos concretos» y que «se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución» (STC 18/1982, fundamento jurídico 14). Un deber de comunicación en relación con una información cuya captación y archivo es, tal y como hemos venido exigiendo, «necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley» y «adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella» (STC 254/1993, fundamento jurídico 7°); cuyo conocimiento por las diversas Administraciones tributarias, en fin, es imprescindible para el adecuado cumplimiento del mandato constitucional recogido en el art. 31.1 CE (SSTC 110/1984 y 76/1990; AATC 642/1986 y 129/1990)». Véase también la STC 76/1983, de 5 de agosto, en la que se afirma que «... la necesidad de hacer compatibles los principios de unidad y autonomía en que se apoya la organización territorial del Estado constitucionalmente establecida implica la creación de instrumentos que permitan articular la actuación de las diversas Administraciones Públicas».

21. E. Alberti Rovira, op. cit. en nota núm. 1.

derar, en el ejercicio legítimo de las propias competencias, la totalidad de los intereses públicos implicados (en particular, aquéllos cuya gestión esté encomendada a otras Administraciones públicas); iii) facilitar toda la información sobre la propia actividad desplegada en ejercicio de las propias competencias; y iv) prestar, en el ámbito propio, la cooperación y la asistencia activas que otras Administraciones públicas puedan recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias propias.

Con ocasión del recurso de inconstitucionalidad formulado contra la LrBRL, la STC 214/1989, de 21 de diciembre, ha establecido, sin embargo, que los dos primeros deberes antes enumerados «... no vienen a integrar ni completar precisión constitucional alguna, sino a reiterar unas exigencias consustanciales al propio ejercicio por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales de las competencias que, con arreglo al bloque de la constitucionalidad, les corresponden». Lo que en otras palabras significa que estos deberes no son otra cosa que «traducción» de la lógica propia de las relaciones interadministrativas, por serles inherentes de suyo (sin necesidad de tal traducción²²), y, en tal condición, concreción del principio de solidaridad y, por tanto, del de lealtad institucional²³.

Pero si se presta atención al contenido de los deberes de información y cooperación y asistencia, éstos ni son mera repetición de los generales anticipados por el artículo 10 LrBRL, ni su contenido coincide con el luego definido en el artículo 56 LrBRL. La información de que aquí se trata no es la precisa ni como sustrato de la acción ya propiamente cooperativa o coordinada, ni como presupuesto para la comprobación de la no infracción de legislación o la no afección de competencias estatales o autonómicas²⁴, sino la requerida por otras Administraciones para su actuación

22. Por eso la misma STC señala que estas previsiones legales podrían merecer juicios bien diversos, en tanto que en último término superfluas, al establecer unos mandatos que, aun no previstos, seguirían siendo igualmente efectivos.

23. A partir de la generalización a todas las Administraciones públicas, por el artículo 4 LRJPAC, de lo dispuesto en el artículo 55 LrBRL, tal concreción no puede ofrecer duda alguna. Pues según el tenor literal del primero de dichos preceptos legales, las Administraciones actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, tienen los deberes de que se trata en el texto.

24. Dada la habilitación que a las Administraciones General del Estado y de las Comunidades Autónomas se contiene en el apartado 2 del artículo 56 LrBRL, el artículo 64 LrBRL, perteneciente ya a la regulación de los conflictos judicializados, es decir, de la impugnación de los actos locales, se remite justamente a dicho artículo 56 LrBRL para servirse del deber de información en la construcción de los términos de dichos conflictos.

separada en ejercicio de sus competencias propias. Y la cooperación y la asistencia tampoco se refieren a la actuación conjunta en el contexto de una precisa relación recíproca, sino cabalmente a la que pueda demandar colateralmente, para su plena efectividad, la acción asimismo separada de otra Administración. En ninguno de los dos casos se requiere, pues, una imbricación concreta de intereses o una concurrencia o complementariedad precisa de competencias demandantes de una específica relación para la actuación cooperativa o en régimen de coordinación y, por tanto, moduladora -en función de la configuración de dicha relación- del ejercicio por cada uno de los sujetos de la relación de sus respectivas competencias.

La clave de la correcta inteligencia del deber general de colaboración, tal como éste resulta sin más del correspondiente principio constitucional implícito, sólo se ofrece desde el reconocimiento de que *no hace referencia al contenido de relaciones interadministrativas concretas algunas de cooperación y coordinación*. Pues se sitúa y opera en un estadio más general y previo al establecimiento de tales relaciones: el que deriva sin más de *la coexistencia de una pluralidad de Administraciones gestoras de intereses públicos que en modo alguno agotan* (cada uno de los círculos territoriales en los que se inscriben conforme al art. 137 CE) *la constelación de los de este género*; con la consecuencia que de ello se sigue: la convivencia de las dotaciones competenciales de dichas Administraciones. Así resulta de la fórmula empleada por el artículo 4.1, inciso inicial, LRJPAC para la generalización de los calificados

La proyección del esquema de relaciones interadministrativas sobre el de las de conflicto y, por tanto, la relación entre uno y otro, luce en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Son significativas las dos siguientes Sentencias del Tribunal Supremo. - STS 1999/1988, de 14 de marzo: «... no es factible admitir que, mediante una artificiosa solicitud reiterada de datos, se mantenga la incertidumbre y la inseguridad jurídica sobre la eficacia de un acuerdo corporativo; la autoridad estatal e, igualmente, la comunitaria de la autonomía correspondiente, debe ser clara y terminante en la solicitud de los datos ampliatorios, concretando de una sola vez los que son necesarios, para que ellos sean facilitados dentro del plazo legal de veinte días establecidos y del régimen de armonía y cooperación que deriva del artículo 55 de la Ley; ...la Ley no autoriza la segunda solicitud de datos y sí, en cambio, que para hacerla la primera vez de forma adecuada, se solicite y aun exija la exhibición del expediente y aun la emisión de algún informe, debiendo, naturalmente, este realizarse dentro del mismo plazo de facilitación de los datos; en definitiva, no puede estimarse legal la segunda solicitud de datos y todavía menos estimar interrumpido un plazo legal establecido por la sola decisión de la autoridad gubernativa.» -STS 5591/1991, de 12 de julio:

«... la conexión de este precepto [el art. 65 LrBRL] con el artículo 56.2 de la misma Ley permite concluir que sólo cuando el acto de la Entidad Local recaiga en una materia sobre la que la respectiva Comunidad Autónoma tenga competencias, normativas o de ejecución, puede aquélla ejercer el control que representa dicha facultad impugnatoria...».

como «principios de las relaciones entre las Administraciones públicas»²⁵; fórmula, que aparece referida a las relaciones entre las Administraciones públicas, pero también y además a la actuación de éstas sin más a partir de la lealtad institucional. La coexistencia de intereses y la convivencia de competencias reclaman de por sí, en efecto, reglas de articulación que solventen los problemas que pudieran abocar en disfunciones e ineficacias. Dan lugar, así, a deberes con individualidad propia, porque su cumplimiento, aún inscribiéndose en la economía genérica de la colaboración, no depende de la existencia de relaciones recíprocas con un contenido y una finalidad específicos. *Mutatis mutandis* cabe decir que entre el elenco de deberes de mera colaboración y los de la cooperación-coordinación existe la misma relación que media entre el elenco de derechos y deberes del ciudadano, sin mayor cualificación, y la Administración pública, de un lado, y el de los del ciudadano interesado en un procedimiento administrativo y la o las Administraciones responsables de éste, de otro lado.

Quiere decirse que se está aquí ante el *código de fondo de las relaciones generales entre Administraciones como partes integrantes del poder público administrativo*, lo que vale decir de las relaciones que inevitablemente se producen como consecuencia de la actuación de cada una de ellas en el ámbito de sus respectivas competencias propias. Y ello, por el hecho mismo de la imposibilidad del deslinde neto entre dichos ámbitos, derivada de la que existe para la diferenciación de los círculos de intereses públicos servidos por los correspondientes haces de competencias. La actuación incluso «separada» de cada una de las piezas del poder público administrativo demanda, así y por mor de la unidad constitucional, una «disposición» y una «respuesta» adecuadas del resto de dichas piezas.

Se trata de un *código de fondo* que:

- a) Se establece sobre las reglas fundamentales del régimen propio de la actuación de las potestades materiales o sustantivas correspondientes a diferentes Administraciones, cuando las unas inciden en las otras o se interconectan o ponen en relación en cualquiera otra forma.
- b) Es, así, basal en la economía del esquema de relaciones interadministrativas por proporcionar el «fondo» relacional sobre el que operan las técnicas articuladoras de las concretas relaciones recíprocas de cooperación y coordinación.

25. «Las Administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional y, en consecuencia, deberán...»; dice literalmente el precepto legal.

El inciso inicial del artículo 55 LrBRL no deja duda alguna a este respecto: los deberes que define se establecen por el legislador *para* la efectividad de la coordinación (concepto éste empleado de nuevo aquí en su significado amplio e inespecífico, equivalente a estado resultante de la interacción positiva) y la eficacia administrativas.

Dado que las Administraciones públicas están actuando aún cada una por separado, es lógico que la actualización del deber general requiera, de cada vez, una solicitud-requerimiento²⁶ de: i) asistencia-cooperación (a la requirente-solicitante) mediante el suministro de datos, documentos o medios probatorios que se hallen en la disposición de una Administración pública (la requerida-solicitada); ii) asistencia-cooperación activas (de la requerida-solicitada) para el eficaz ejercicio de las competencias propias (por la requirente-solicitante); o iii) auxilio (por la requerida-solicitada) para la ejecución de los propios actos (de la requirente-solicitada) fuera de su ámbito competencial.

La mera solicitud-requerimiento constituye en la obligación de la asistencia-auxilio. La validez del requerimiento tiene como presupuesto obvio la necesidad de la asistencia o el auxilio concretos para el eficaz ejercicio de las propias competencias o la ejecución de los propios actos. Pero la apreciación de la concurrencia de tal presupuesto está desde luego en la disposición de la Administración requirente, pues no parece que la requerida pueda poner ella misma en cuestión el requerimiento de que es objeto, aunque éste sea desde luego susceptible de control judicial y aquélla pueda someterlo a éste.

El cumplimiento obligado del requerimiento encuentra así sólo una excepción impropia y dos excepciones verdaderas: a) la carencia en la Administración requerida de facultad para la prestación interesada (no es ésta tanto una excepción, como la ausencia del presupuesto necesario de la competencia para la prestación, incluso en términos de prohibición legal); ù) no disposición de medios suficientes; y iii) perjuicio grave a intereses propios o al cumplimiento de propias funciones, caso de accederse a la prestación interesada²⁷. Las dos excepciones verdaderas aparecen

26. Requisito éste, que acredita que, en principio, hay actuación separada posible.

27. En estas excepciones -especialmente en la última- se refleja perfectamente el supuesto en que descansa la colaboración general examinada: el de separación entre los sujetos y sus actuaciones con toque tangencial entre sus respectivas esferas, generador de tensión entre los intereses gestionados por las correspondientes Administraciones públicas.

construidas con conceptos jurídicos indeterminados que proporcionan a la Administración requerida un margen de apreciación considerable, de suerte que la decisión sobre el requerimiento no aparece estrictamente reglada. La negativa requiere, por ello, motivación expresa y suficiente, que la hace susceptible de control incluso con la técnica de la razonabilidad.

A partir de esta *concreción legal del código de fondo*, el contenido de la colaboración se *entrega*, deslegalizándolo para su ulterior desarrollo y sin perjuicio de la obligatoriedad siempre de la colaboración, *a las Administraciones públicas, que quedan habilitadas, así, para establecer -de manera común y voluntaria- los pertinentes y adecuados instrumentos y procedimientos*. Este mecanismo permite el recurso a la técnica de los convenios, que por eso se llaman de colaboración²⁸ (arts. 6 y 8 LRJPAC), pero también a la orgánica, a la creación de los llamados órganos de colaboración²⁹ (art. 58 LrBRL).

Esta habilitación legal resulta insuficiente (encuentra su límite) cuando la textura e imbricación de los intereses públicos y las competencias que los sirven son tales que, dejando de formar parte del campo propio de la mera colaboración general, se adentran en el característico de la cooperación, es decir, el constituido por las relaciones con la finalidad de toma de decisiones conjuntas que permitan la coherencia y eficacia constitucionalmente requeridas en asuntos que conciernen a más de una Administración, implicando el ejercicio de competencias compartidas o concurrentes o la pertinencia de la articulación de una actividad común.

Esta es la prueba de que la colaboración no se confunde con la cooperación. Pues ésta representa un grado superior y más específico en la escala de las relaciones interadministrativas; supone *la continuación de la colaboración por otros medios más intensos en el terreno de la implicación de intereses comunes y la imbricación de las competencias serviciales correspondientes*.

La falta aún de verdadera depuración de su perfil propio, que mantiene la mera colaboración cubierta por una cierta nebulosa, explica no sólo su escasa importancia y enteca práctica, sino también el nulo desarrollo de su régimen jurídico y, por consecuencia, de su control judicial.

28. Aunque el contenido mismo de la colaboración así convenida puede llegar a ser una verdadera cooperación.

29. Aunque también aquí el contenido de la colaboración orgánica pueda ser de cooperación o dar lugar a ésta.

2. Las relaciones de articulación para la actuación en asuntos de interés común: la cooperación.

2.1. Diferenciación de la cooperación, en especial respecto de la coordinación.

El contraste con la coordinación sólo en apariencia define bien la identidad de la cooperación: si aquélla se caracteriza por su carácter impuesto o forzoso, la nota definitoria de ésta ha de ser la voluntariedad. En este sentido ya la STS 2428/1989, de 29 de marzo, señala que «... de la sola lectura de los artículos 57 y 58 de la Ley 7/85, queda claro que es el último el aplicable al caso de autos, ya que *el primero se refiere a la cooperación voluntaria*, mediante consorcios, convenios o acuerdos, conceptos todos ellos que requieren la conformidad de todas las Administraciones interesadas, *mientras que el decreto impugnado supone una declaración unilateral de la Administración Autonómica. Su contenido se ajusta además a las restantes previsiones de la norma y concretamente a la creación de un órgano deliberante o consultivo que tiene por objeto la coordinación administrativa en el sector de las Policías Locales*» (la cursiva es del autor).

Esta caracterización, en sus dos especies, de la cooperación descansa en la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual, «... [aunque] los arts. 58 y 59 LRRL no constituyen precisamente un ejemplo de buen cumplimiento de la exigencia de claridad y precisión [por] ... la referencia común por parte de ambos preceptos ... a la coordinación administrativa, este Tribunal ha distinguido entre coordinación y cooperación, declarando al respecto que *la diferencia existente entre las técnicas de cooperación y las de coordinación -voluntariedad en la primera frente a imposición en la segunda encuentra una adecuada expresión en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, que junto a los arts. 57 y 58, en los que se expresan esas técnicas cooperativas, en los arts. 10.2, 59 y 62, se concretan facultades de coordinación de las Administraciones Públicas [STC 214/1989, fundamento jurídico 20 f)]*³⁰

30. La STC 214/1989, de 21 de diciembre, dice más extensamente que: «La diferencia existente entre las técnicas de cooperación y las de coordinación encuentra, en efecto, una adecuada expresión en la L. R. B. R. L., dado que, junto a los arts. 57 y 58, en los que se expresan esas técnicas cooperativas, ya sea funcional u orgánicamente, en los arts. 10.2, 59 y 62, se concretan facultades de coordinación de las Administraciones Públicas. Si bien tanto unas como otras técnicas se orientan a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alterar, en ninguno de los casos la titularidad y el ejercicio de las competencias propias de los entes en relación, lo cierto es que las consecuencias y efectos dimanantes de unas y otras no son equiparables. *La voluntariedad en el caso de la cooperación frente*

(STC 331/1993, de 12 de noviembre; la cursiva es del autor); de modo que -según el Tribunal Supremo- «... el Tribunal Constitucional se inclina por una concepción material del concepto de coordinación, al igual que ya lo hizo el Tribunal Supremo en la Sentencia de 18 de julio de 1997, pues lo cierto es que las consecuencias y efectos dimanantes de unas y otras, las facultades de coordinación y colaboración, no son equiparables, ya que *toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección*, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado, lo que es elemento diferenciador de primer orden que explica y justifica desde la perspectiva estrictamente competencial que estos términos sean distintos, pudiéndose extraer las siguientes notas caracterizadoras de la coordinación: ... *el ejercicio de medidas de coordinación exige la concurrencia de un título competencia! concreto al contrario de la colaboración que forma parte de la esencia del sistema de organización territorial y no necesita fundarse en precepto concreto; ...la coordinación constituye un límite al ejercicio de las competencias de los entes coordinados, mientras que la colaboración o cooperación no puede ser utilizada para limitar el ejercicio de las competencias de los entes territoriales; [y]... cuando existe la atribución de una competencia de coordinación, es posible establecer medidas necesarias y suficientes para lograr los objetivos que la coordinación persigue, extremo que con relación a la colaboración o la cooperación, no permite la adopción de medidas coercitivas» (STS 7092/2000, de 11 de julio; la cursiva es del autor)³¹.*

a la imposición en la coordinación -ya que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado- es, por sí mismo, un elemento diferenciador de primer orden, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas» (la cursiva es del autor).

31. La Sentencia citada en el texto señala además que: «No puede tampoco olvidarse que las funciones atribuidas a los órganos de colaboración son ordinariamente deliberantes o consultivas, lo que evidencia que su interferencia en el ejercicio de las competencias por sus titulares efectivos queda en cualquiera de los casos total y absolutamente preservada, mientras que, en sentido estricto, la coordinación, como ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional, implica un límite efectivo al ejercicio de las competencias ... y que, por ello mismo, debe venir, en efecto, amparada en la pertinente atribución competencial normativa. La diferencia existente entre las técnicas de cooperación y coordinación encuentra, en efecto, una adecuada expresión en la LBRL, dado que junto a los artículos 57 y 58, en los que se expresan esas técnicas cooperativas, ya sea funcionales u orgánicas, en los artículos 10.2, 59 y 62 se concretan facultades de coordinación de las Administraciones Públicas. Y, si bien tanto unas como otras técnicas se orientan a flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alterar, en ninguno de los casos la titularidad y el ejercicio de las competencias

Examinada con más detenimiento, sin embargo, esta identificación no es consistente. Las razones son concluyentes:

- Primera: en la coordinación (que presupone un poder-competencia de dirección-resolución) cada sujeto se mueve en la esfera jurídica que le es propia, si bien evitando, al moverse dentro de ella, conductas perjudiciales para los otros o adoptando aquéllas que complementan las desarrolladas por otros. Se produce ciertamente un efecto en la esfera ajena, pero un efecto sólo indirecto en tanto que resultado inevitable del ejercicio de una competencia propia. La incidencia en la autonomía de otra u otras Administraciones no la produce, pues, tanto la decisión coordinadora misma (que se mueve ya en la competencia del sujeto coordinador), sino la decisión previa sobre la pertinencia de la coordinación forzosa y, por tanto, del ejercicio de la facultad resolutoria que es inherente a ésta.

En la cooperación, en cambio, se da el despliegue por uno o varios sujetos de una actividad que está derechamente dirigida a producir y de suyo produce efectos en la esfera jurídica de otro u otros sujetos. Lo característico de ella es, pues, la disposición o atribución de un o varios sujetos [disponente (s)], a favor de otro u otros [beneficiario (s)], aunque las disposiciones o atribuciones se crucen, sean recíprocas. *La reciprocidad es, pues, nota definitoria de la cooperación.*

propias de los entes en relación, es lo cierto que en las consecuencias y efectos dimanantes de unas y otras no son equiparables, puesto que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado, lo que es de por sí un elemento diferenciador de primer orden, que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas».

A la diferenciación entre la cooperación y la coordinación se refiere igualmente la STS 7092/2000, DE 11 de julio:

«La articulación del procedimiento de cooperación se manifiesta por la cooperación orgánica o facultad de un ente público territorial para crear órganos de colaboración compuestos por miembros de éstas y otras Administraciones públicas, al amparo del artículo 58 de la Ley de Bases de Régimen Local, o la cooperación competencial por la que los poderes públicos quedan obligados a ejercer acciones en provecho y ayuda de otras Administraciones menores y ante la falta de acuerdo y en determinadas actividades, la Ley de Bases de Régimen Local prevé una actuación coordinadora del Estado y de las Comunidades Autónomas que es obligatoria para los entes locales, recogiendo el artículo 10.2 y 3 de la Ley de Bases de Régimen Local que procederá la coordinación de competencias de las entidades locales entre sí y especialmente con las de las restantes Administraciones públicas, cuando las actividades o servicios trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de éstas, siendo así que las funciones de coordinación no afectarán a la autonomía de los entes locales».

- Segunda: la voluntariedad es inidónea para otorgar soporte a la diferenciación, precisamente porque, siendo la coordinación y la cooperación manifestaciones de un mismo y único deber jurídico de colaboración, resulta imposible lógico-jurídicamente que el juego de éste dependa del arbitrio o la voluntad de las partes. Otra cosa equivaldría a la negación del deber general de colaboración. Las especies voluntaria y forzosa tienen así que darse, y de hecho se dan, tanto en la coordinación como en la cooperación. *La diferencia entre éstas sólo puede radicar y radica, pues, en su distinto contenido.*

Cuestión diferente es que la voluntariedad (mejor el consentimiento) sea, en la coordinación, la excepción, mientras que en la cooperación es sin duda la regla (arts. 145 CE, 6 LRJPAC y 57 LrBRL). Pues ello trae causa exclusivamente de la construcción del Estado autonómico sobre el trípo-de autonomía-separación- propia responsabilidad.

Como ha puesto de relieve A. Menéndez Rexach³², el malentendido puede provenir del convenio como técnica cooperativa funcional por excelencia, pues se asimila al contrato y el contrato se quiere basar en la autonomía (arts. 1.3, c) y 4 LCAP).

El paralelismo con el contrato se agota, sin embargo, en la bi- o multilateralidad y la vinculación recíproca. De la Administración pública no es predicable en modo alguno la autonomía de la voluntad (basada en la libre personalidad) propia de los sujetos privados (personas físicas y, por extensión, también las jurídicas), pues siempre está concernida por el interés público y su «capacidad» no es otra que la que resulte de la suma de potestades que tenga atribuidas. La libertad de pactos en los contratos administrativos no remite, pues, a la autonomía de la voluntad de corte jurídico-privado, pero ni siquiera a verdadera discrecionalidad administrativa. Significa sólo facultad de configuración del contenido de la relación jurídica contractual con el margen que proporciona la sujeción al interés público, al ordenamiento y al principio de buena administración (uno de estos principios en juego es justamente el de cooperación).

En la actuación convencional no hay, pues, nada de nuevo respecto de la unilateral; se dan en ella sencillamente márgenes más amplios de apreciación que en otros ámbitos en los que su densidad regulatoria proporciona a la norma aplicable mayor potencia programadora y de predetermina-

32. A. Menéndez Rexach, op. cit. en nota núm. 1.

ción. Los problemas de sometimiento a la Ley que suscitan las actuaciones convencional y unilateral son, por ello, básicamente los mismos.

También en el mundo de las relaciones interadministrativas es apreciable la existencia de diversos grados de vinculación por la norma según la densidad regulatoria que presente y el consecuente margen de actuación que proporcione. Así se observa en la legislación concreta que regula o apela a la cooperación. Desde este punto de vista, cabe agrupar o clasificar las técnicas de cooperación³³, con trascendencia incluso para el control judicial, en función de los siguientes criterios:

- i) El carácter potestativo de la puesta en marcha y, por tanto, la aplicación de las técnicas (como, p. ej. la de los convenios facultativos), cuyo juego cabe por ello concepcuar, impropiaamente, como cooperación «voluntaria». Porque, en realidad, este carácter potestativo no se refiere a la cooperación misma, expresa sólo el otorgamiento por la norma aplicable de un más o menos amplio margen de apreciación sobre la concurrencia, en el caso, de las circunstancias determinantes de la actualización del deber de colaboración en grado de cooperación. Apreciación ésta, y por supuesto su resultado, que debe considerarse controlable en sede judicial; control ciertamente delicado, que está aún por perfilar.
- ii) La predeterminación normativa de la procedencia de la cooperación, con indicación o no de la técnica a utilizar (p. ej. convenio; órgano de cooperación), la fijación o no de su contenido en todo o en parte (p. ej. convenios obligatorios, pero, en su caso, abiertos en todo o en parte) y la precisión de la obligatoriedad o no de su efectiva utilización (p. ej. informes no preceptivos, determinantes o no; previsión de un órgano participado, pero con incorporación potestativa del o de los correspondientes representantes). El control judicial del cumplimiento del deber de cooperación en sí es aquí ciertamente posible, pero más difícil y problemático en lo que respecta a la utilización del margen de apreciación otorgado a las Administraciones.
- iii) La predeterminación normativa de la procedencia de la cooperación, con imposición de una precisa técnica o de una modalidad concreta (p. ej. informe preceptivo [en su caso, determinante]; audiencia; participación obligatoria en órganos colegiados; aprobaciones previas; autori-

33. Véase, en este sentido A. Menéndez Rexach, op. cit. en nota núm. I.

zaciones concurrentes previas). El control judicial de esta variedad no sólo es posible, sino ordinario, pues -dada su perfecta regulación legal- el incumplimiento aquí del deber constituye una clara infracción legal.

La cooperación no es, pues, una forma de actuación administrativa, sino una modulación específica del régimen ordinario de dicha actuación en el marco del deber general de colaboración. Toda actuación administrativa objeto de esa modulación que sea «no cooperativa» (independiente; separada, no solidaria con el sistema) es susceptible de control judicial (aunque faltan los cauces legales específicos para ello), cuyo alcance dependerá de la configuración legal de la relación jurídica en el caso concreto. La infracción puede ser de concretos preceptos legales o de reglas consensuales o determinada por el ejercicio de las competencias en sentido contrario o no legitimado por el régimen constitucional y legal de las relaciones interadministrativas. Se abre aquí todo un nuevo mundo para el control judicial, que está aún por explorar.

La LRJPAC y la LrBRL proporcionan desde luego cobertura suficiente a la utilización voluntaria³⁴ de técnicas cooperativas. Pero la cuestión es ¿Cuándo pueden las Leyes sectoriales imponer esa utilización con carácter forzoso? A. Menéndez Rexach³⁵ ha ensayado una respuesta, a la que cabe adherir y sintetizar así:

1. Materias de la competencia plena (exclusiva en la terminología constitucional) del Estado:

1.1. Las Leyes generales o estatales pueden establecer mecanismos de intervención, potestativa u obligatoria, de entidades inferiores en el ejercicio de las competencias ejecutivas de la Administración General del Estado (participación en órganos; informes; consultas; convenios; etc.).

1.2. Las Leyes correspondientes pueden introducir también esos mecanismos en la ejecución autonómica de la legislación estatal, cuando se trate de facultades transferidas o delegadas al amparo del artículo 150.2 CE (pues se trata de materias de titularidad estatal).

2. Materias de la competencia básica del Estado (en las que el desarrollo corresponde a las Comunidades Autónomas):

34. Esto es, en realidad, lo que debe entenderse que usualmente se quiere destacar en la doctrina al calificar de voluntaria la cooperación.

35. A. Menéndez Rexach, op. cit. en nota núm. 1.

2.1. La legislación básica puede establecer mecanismos de intervención, potestativa u obligatoria, de la Administración General del Estado o de las entidades locales en los procedimientos de ejecución autonómica.

2.2. La legislación autonómica puede establecer mecanismos de intervención, potestativa u obligatoria, de las entidades locales, pero solo potestativa respecto de la Administración General del Estado (por no haber previsto la legislación básica su participación obligatoria y no estar facultada la Comunidad Autónoma para imponerla).

3. Materias de la competencia plena (exclusiva en la terminología de la Constitución) de las Comunidades Autónomas: la legislación autonómica puede establecer mecanismos de cooperación potestativa y obligatoria (que no afecten a la facultad de decisión) tanto respecto de las entidades locales, como de la Administración General del Estado.

A partir de las consideraciones precedentes cabe ya una *clasificación de la cooperación misma*, escogiendo desde los múltiples criterios posibles el de su objeto; conforme al cual se ofrecen los siguientes tipos:

1º. Cooperación para i) el ejercicio de competencias de una entidad por otra, sin afectar a la titularidad de aquéllas (delegación; encomienda de gestión; gestión sin titularidad secundaria o derivada) o para ii) la dotación de medios para ejercerlas.

El ejercicio de competencias puede, en efecto, basarse en un título secundario (delegación, encomienda gestión), pero es también posible en ausencia de éste; supuesto, en el que, conforme señala L. Morell Ocaña³⁶, la realización de la actividad no queda cubierta por titularidad secundaria o derivada otorgada por el sujeto competente. No hay en él creación de nueva titularidad alguna, sino más simplemente la asunción de determinados contenidos de una competencia ajena para servir a ésta. Así sucede en el caso de puesta a disposición de medios (materiales, técnicos, económicos, personal) necesarios para el ejercicio de determinadas competencias: una entidad atribuye a otra, o ambas o todas se atribuyen recíprocamente unas a otras, con carácter temporal o definitivo, medios a emplear en el desarrollo de una actividad propia.

2º. Cooperación para la ejecución de competencias propias de ambas o todas las entidades implicadas (programación conjunta de actuaciones,

36. L. Morell Ocaña, op. cit. en nota núm. 1.

prevención de conflictos, mejora de la eficacia p. ej. mediante los convenios previstos en el art. 38.4, párr. 2º LRJPAC).

3º. Cooperación en el ejercicio de competencias ajenas (asistencia técnica, económica, administrativa), que integra, en la LrBRL y LRJPAC, la cooperación en sentido estricto.

4º. Cooperación como competencia propia consistente en facilitar el ejercicio de competencias, también propias, de otras entidades. Este tipo, que constituye una combinación de los dos últimos anteriores, se da paradigmáticamente en las Diputaciones provinciales [art. 36.1, b) LrBRL].

5º. Cooperación como ejercicio excepcional de competencias ajenas por razones de urgencia (seguridad pública) o por existir «conexión exterior» (exigencia de incorporación o transposición de Derecho comunitario) que obliga al Estado central a actuar en el campo de la competencia autonómica. Este tipo está expresamente admitido por el Tribunal Constitucional (SsTC 33/1982 y 252/1988), aunque el supuesto presenta más bien las características propias de la coordinación.

La determinación concreta de la cooperación misma tiene lugar:

- *Directamente por la Ley*, como ya se ha visto.

Caso especial, digno de ser destacado, es el de las Leyes que imponen la dotación y el sostenimiento de servicios estatales o autonómicos por las entidades locales (técnica que viene del S. XIX). Los ejemplos no faltan: a) la cooperación forzosa en las competencias estatales o autonómicas: i) en situaciones de normalidad: utilización de los Secretarios de los Ayuntamientos como delegados de las Juntas Electorales de Zona, que deben actuar bajo estricta dependencia de las mismas (art. 11.4 LoREG); operación de las policías locales como policía de seguridad y judicial en colaboración con los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (art. 53 LoCyFSE); ii) en situaciones de anormalidad: facultades del Alcalde en caso de catástrofe (art. 21 LrBRL); y b) prestaciones instrumentales: en materia educativa; en materia sanitaria (de modo transitorio y para las Diputaciones provinciales) y en materia judicial (Juzgados de Paz).

- Por la pertinente *declaración administrativa unilateral de voluntad* (cooperación voluntaria).

La declaración vale por sí misma y logra su plena eficacia jurídica, pero su ejecución (el logro del efecto atributivo), precisa la aceptación o aquiescencia del beneficiario. En realidad, la diferencia del supuesto con el de determinación por convenio es difusa, porque la única diferencia entre ambos parece proceder de la sucesión y la simultaneidad en la manifestación de la voluntad y quizás la paridad en la relación resultante. La verdadera diferencia radica, sin embargo, en que en la atribución unilateral es una sola voluntad la que configura el contenido del negocio y lo sostiene o retira antes de que surta efecto. La actitud del beneficiario es decisiva no para configurar el negocio, aunque sí para su subsistencia: la asunción de una determinada actividad y su desarrollo del modo previsto por quien coopera, son los hechos determinantes de la atribución y, por lo tanto, la causa del negocio, por lo que, de no cobrar ésta realidad, aquélla puede ser revocada o modificada. No basta, pues, la aceptación.

- Por el *convenio* suscrito al efecto:

i) Cuando tiene por objeto los términos del ejercicio de las competencias correspondientes, contiene necesariamente la disposición sobre alguna o algunas de las facultades integrantes del título o títulos competenciales de que se trate. Tal disposición se lleva a cabo mediante la creación de una legitimación secundaria o derivada, que se entrega a la Administración que asume la tarea de cooperación. La legitimación queda bajo la dependencia de la creadora de ella, tal como impone el obligado respeto al principio irrenunciabilidad de la competencia (art. 12.1 LRJPAC). Además, de ordinario la disposición no alcanza a facultades de decisión y si solo mera gestión.

De entre las hipótesis posibles destaca la de creación, mediante convenio, de un consorcio al que se encomienda la gestión de un servicio o actividad, actuando por sustitución de las entidades consorciadas, las cuales retienen la disposición sobre la actividad consorcial.

Como en la encomienda de gestión misma, en esta última hipótesis se ve claramente que para y en el contexto de la relación interadministrativa se ejerce la potestad de organización.

ii) Cuando tiene por objeto sólo los medios para el ejercicio de las correspondientes competencias, su contenido posible comprende un amplio abanico de posibilidades: las subvenciones a otras instancias con vistas a un fin u objetivo; la financiación conjunta, compartida o concu-

rrente a particulares mediante técnicas subvencionales; la prestación de garantías entre entes públicos para cubrir la deuda existente entre ellos; la prestación de garantías a un tercero afianzando la deuda de otro ente; y la obra o el servicio públicos (su dotación, transformación o conservación) mediante a) cesiones o adscripciones de suelo para la implantación de la obra o servicio; b) la afectación de bienes demaniales (afectaciones secundarias, conciertos); y c) las actuaciones de construcción, transformación y conservación del patrimonio integrante de la obra o el servicio (planes provinciales de cooperación).

IV. EL LÍMITE DE LA COOPERACIÓN COMO FRONTERA DESDE LA QUE SE EXTIENDE EL CAMPO PROPIO DE LA COORDINACIÓN.

Como hemos visto, la cooperación es un mecanismo «regulado» (con carácter general en la LRJPAC y la LrBRL y con carácter específico en las normas sectoriales). La cuestión estriba en los términos y, por tanto, en la densidad y el alcance de esa regulación y la vinculación que comporte (modulándolo o limitándolo) para el ejercicio de las competencias respectivas en el seno de la relación interadministrativa:

- No suscitan mayores dificultades (desde la lógica del mecanismo) si la regulación entrega la actualización misma de la cooperación (cooperación facultativa) a la voluntad de las Administraciones públicas o, aún imponiendo dicha actualización y precisando -todavía más- la técnica a emplear, descarga en todo o en parte la configuración de la relación interadministrativa en la referida voluntad de las Administraciones públicas, pues en tales supuestos el papel de éstas se agota en la concreción del deber de colaboración en términos de cooperación, conservando cada una de ellas el margen de decisión que exista en su propia esfera competencial. *La modulación o limitación que ésta experimenta consiste en que el ejercicio legítimo de las competencias propias requiere el cumplimiento, en su caso incluso previo, de las exigencias del mecanismo cooperativo, cuyo resultado puede ser sustantivamente determinante para la decisión final a tomar en el referido ejercicio de las competencias.* La colaboración resta aún, pues, plenamente en el campo propio de la cooperación.
- Pero si la normativa aplicable impone la actualización del deber de colaboración y también el mecanismo a emplear e, incluso, configura éste de forma tal que la decisión final a tomar resulta compartida (p.

ej. mediante informe previo vinculante) o se atribuye a una de las Administraciones (normalmente la superior, en virtud de la textura de los intereses públicos) se traspasa el límite de la cooperación para penetrar en el campo de la coordinación. Por ello, la única regulación legal que de ésta existe en realidad³⁷ es la de los artículos 59 y 62 LrBRL.

Debe tenerse en cuenta que el deslinde así trazado no es nítido, en el sentido de que, de un lado, la coordinación como resultado no sólo se puede alcanzar con técnicas de coordinación, sino también con técnicas de cooperación³⁸, y, de otro lado, no siempre las técnicas de coordinación producen una limitación de las competencias en presencia que implique su compartición estricta o el traslado de la decisión final, sino más bien el encuadramiento del ejercicio de las competencias de las instancias coordinadas mediante objetivos, prioridades, programaciones, directrices. Así sucede, en efecto, en el régimen general o marco que para la coordinación de los entes locales mediante la planificación; establece el artículo 59 LrBRL.

Por tanto, la coordinación, como principio, no reclama una única solución, por lo que, como competencia, puede estar prevista de modo genérico o específico. De modo genérico tiene la eficacia autorizatoria que señala la doctrina constitucional (articulación de medios y actos parciales), que explica la regla tan criticada, pero correcta (desde el principio de autonomía), de la preferencia de la técnica de la cooperación sobre la de la coordinación. En el caso de su previsión en términos específicos, carece de un contenido y alcance únicos, debiendo estarse a lo que determine la Ley sectorial aplicable, que cuenta con diversas opciones y, entre ellas, los informes vinculantes, las aprobaciones últimas, las decisiones finales para la salvaguarda de la pertinente competencia y la planificación-marco.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LAS TÉCNICAS DE COOPERACIÓN.

El simple repaso a las técnicas susceptibles de ser puestas al servicio de la cooperación, institución central -como queda visto- en las relaciones

37. Y que debe entenderse correcta, habiendo superado el listón del control de constitucionalidad: STC 214/1989, 21 de diciembre.

38. De ahí que, a pesar de las injustificadas críticas de que han sido objeto, sean correctos los términos de la cooperación orgánica para la coordinación previstos en el artículo 58 LrBRL.

interadministrativas arroja un saldo negativo, signado por la insuficiencia de la elaboración dogmática. En efecto:

- Las técnicas de neto carácter organizativo, o bien carecen de una regulación general (lo que se corresponde con su escaso empleo), cual sucede significativamente con la transferencia de funciones o actividades y la delegación interadministrativas [la única Ley que las regula con carácter general -pues la LRJPAC no hace referencia a ellas- y no lo hace en calidad de técnicas cooperativas, es la LrBRL: art. 47.3, c)]; o bien son objeto de una regulación sea deficiente (el artículo 15.5 LRJPAC contempla la encomienda de gestión, pero excluye incorrectamente como beneficiarias a las entidades de titularidad pública sometidas al Derecho privado), sea establecida desde perspectiva insuficiente [el artículo 47.3, b) LrBRL aborda la transferencia de funciones o actividades sólo desde la habilitación para efectuarla y, por tanto, las condiciones -quorum- para la adopción de la correspondiente decisión],

El Derecho positivo y la práctica administrativa desconocen por completo la Administración mixta para la cooperación. Esta técnica, ni se introdujo en la iniciativa para un proyecto de Ley General de Cooperación del último Gobierno del Partido Popular, ni (habiéndose planteado) se ha aceptado incluir su regulación (bajo la forma de Agencias de Cooperación Interterritorial) en la iniciativa que ha acabado conduciendo a la vigente Ley de Agencias Estatales. Y ello, a pesar de que hoy debe considerarse solventado el problema constitucional que plantea la organización mixta, sobre la base de su voluntariedad y de la no implicación de renuncia a la titularidad-disposición sobre la propia competencia.

Está pendiente, pues, una regulación legal común amplia y flexible de este tipo de técnicas, que permita su segura y expedita utilización.

- Las técnicas sólo indirectamente -vía convenio- de carácter organizativo presentan el inconveniente de su limitación a organizaciones asociativas (incluso bajo forma privada: sociedades para la realización de obras y servicios) y consorcios. Las dificultades que el régimen jurídico común de las Administraciones públicas para el empleo (mediante encomienda de gestión) a las primeras (solo previstas, en realidad en la LrBRL) explican, junto con la flexibilidad propia de la fórmula, el recurso más que preferente al consorcio. Esta figura se utiliza, además, como puente para la constitución de sociedades de titularidad común.

También existe aquí un déficit regulatorio, que sería más que conveniente superar mediante el establecimiento de un régimen general aceptable.

- Las técnicas procedimentales (audiencias, consultas, concertación, informes, etc..) se desconocen pura y simplemente en la regulación del procedimiento común (que ni siquiera singulariza su utilización para la cooperación, sirviéndose, en el caso de los informes, por ejemplo, de la variedad de los determinantes), de modo que se encuentran totalmente entregadas a la libertad de configuración del legislador sectorial. Esta entrega supone un serio problema de coherencia para el sistema total de relaciones interadministrativas, al menos en el plano de los principios y de deslinde de las diversas técnicas.

La situación normativa descrita precisa, pues, una enérgica corrección.

- Las técnicas orgánicas ofrecen un panorama más positivo. Si a los órganos generales cooperativos en la escala local (los previstos en los artículos 58 y 117 LrBRL) puede extenderse un certificado de fracaso, mayor éxito puede ser acreditado a los órganos sectoriales en las relaciones entre la Administración General del Estado y las de las Comunidades Autónomas (las Conferencias Sectoriales de la LRJPAC), aún reconociendo su eficacia limitada. De ahí la reciente previsión de una Conferencia Sectorial u órgano similar con participación de las entidades locales (art. 120 bis LrBRL, introducido por la Ley 57/2003, 16 diciembre), en cuyo seno se contempla -además- una conferencia de grandes ciudades con participación también de las tres instancias territoriales (art. 138 LrBRL, introducido igualmente por la Ley 57/2003).

La situación no es aquí, pues, tan deficiente, pero es desde luego mejorable, sobre todo por lo que hace a la concertación interadministrativa, cuya regulación sólo han ensayado verdaderamente las Leyes autonómicas de ordenación territorial y urbanística con escasa virtualidad práctica.

- Las técnicas funcionales, en especial la consensual (los convenios), son las que pueden presentar un registro de mayor éxito, a pesar de su escasa regulación general. Según datos de E. Alberti Rovira³⁹, los convenios de cooperación vertical (no previstos en

39. E. Alberti Rovira, op. cit. en nota núm. 1.

la CE) han venido experimentado un aumento constante (hasta superar, en el año referencia 2000, la cifra de quinientos anuales. Los convenios cooperación horizontal (o entre Comunidades Autónomas, sí previstos en la CE) no han logrado, sin embargo, afianzarse, probablemente por el control de las Cortes Generales a que están sujetos: en el mismo año de referencia 2000 no llegaron a veinte en total.

Positiva debe considerarse, en todo caso y cara a una mejor regulación legal, la diversificación de la figura, en la LRJPAC, en las variedades de protocolos y convenios en sentido estricto. Porque no reduce los primeros a la condición de instrumentos meramente políticos, sino que, más simplemente, traduce y formaliza un menor grado de intensidad en la cooperación, que circunscribe ésta a la configuración de métodos y procedimientos de actuación homologados.

Característica común a las técnicas desarrolladas es su perspectiva, dimensión y alcance interiores, que las reconduce efectivamente a una reflexión del Estado sobre si mismo. Ocurre que tal planteamiento les priva de la dimensión supranacional inexcusable, incluso en el contexto de tal reflexión, en tanto que el Estado, abierto a la integración europea, es miembro de una estructura de poder público más amplia -la Unión Europea-y, en tal calidad, pieza «ejecutiva» en la terminología comunitaria) de su ordenamiento propio. Porque implica el descuido de la estrecha imbricación actual tanto con las instituciones comunitarias y su específica organización administrativa cada vez más desarrollada, especialmente mediante Agencias (cooperación vertical), como de las Administraciones de los Estados miembros entre si (cooperación horizontal).

En este otro terreno impropriamente calificable ya de «externo»: i) poco o nada se ha avanzado en materia de cooperación horizontal; y ii) los avances en la cooperación vertical son aún de todo punto insuficientes; pues pivotan sobre la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (alcance positivo, pero limitado); la Consejería para Asuntos Autonómicos en la Representación Permanente de España ante la Unión Europea (integrada por un funcionario estatal para canalización de la información); y la participación de las Comunidades Autónomas en los Comités de la Comisión Europea (un representante por turno rotatorio para todas); estando aún en discusión la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de Ministros de la Unión Europea.

Es clara, pues la necesidad y la urgencia de abordar y desarrollar adecuadamente esta dimensión supranacional, sobre todo tras la implantación entre nosotros de la figura de las Agencias Estatales, pues forma parte también de las relaciones interadministrativas del Estado definido efectivamente por la CE.

LOS ENTES LOCALES EN EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Tomàs Font i Llovet

Instituto de Derecho Público

Universidad de Barcelona

I. EL GOBIERNO LOCAL EN LA REFORMA DEL SISTEMA DE LAS AUTONOMÍAS TERRITORIALES

I. El contexto general de las reformas

A lo largo de los últimos años, diversos factores de índole política han delineado un horizonte de reformas institucionales de gran calado. Reformas que comprenden desde una proyectada y frustrada reforma de la propia Constitución y pasan por toda la dinámica de reforma de los Estatutos de Autonomía, para llegar a la anunciada reforma de la legislación básica de régimen local.

No corresponde a este momento¹ la valoración completa de todos estos procesos que se superponen, habida cuenta, sobretudo, del extraordinario alcance de los dos primeros – Constitución, Estatutos- que excede abiertamente el campo de lo local. Pero es imprescindible analizar cuál es el papel que asume el gobierno local en dichos procesos reformadores, puesto que éstos lo son de elementos normativos de primer orden que en definitiva enmarcan la posición de los entes locales en el conjunto del cuadro institucional del Estado de las autonomías.

1. Este texto, del que expuse una síntesis en el Congreso sobre “La descentralización territorial y cooperación interadministrativa”, celebrado en Sevilla los días 9 a 11 de mayo de 2007 bajo la dirección del Prof. José Luis Rivero Ysern, recoge en buena parte las posiciones que he ido sosteniendo durante los últimos años en el *Anuario del Gobierno local*, en sus ediciones de 2004, 2005 y 2006, Instituto de Derecho Público-, Fundación Democracia y Gobierno Local, así como en el volumen colectivo *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, con trabajos de F. Velasco, L. Ortega y T. Font, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Serie Foro, núm. 6, Madrid, 2006.

Descartada por ahora la reforma constitucional, se plantea la cuestión que a mi entender resulta más decisiva: determinar el lugar que ocupa el gobierno local en el proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía, o lo que es lo mismo, cuál es el papel de los Estatutos en el proceso de reforma del gobierno local. Y resulta decisivo, creo yo, porque despejar esta cuestión es prioritario, desde la lógica política y la del sistema de fuentes, para poder determinar luego el ámbito que corresponde al legislador ordinario, tanto el legislador del Estado, en la eventual reformulación de la Ley de Bases de Régimen Local, como al legislador autonómico.

En este sentido, desde hace tiempo vengo sosteniendo que en nuestro ordenamiento existe un verdadero “déficit estatutario” en la regulación del régimen local, y que sólo el Estatuto es el tipo normativo adecuado para determinar con garantía los elementos definidores de la autonomía local, debido a que es la única norma capaz de imponerse al mismo tiempo al legislador estatal y al autonómico². Déficit estatutario en los dos sentidos: en la regulación institucional del gobierno y la administración local, que incluye, entre otros extremos, la determinación del núcleo mínimo de las competencias municipales; y en la asunción estatutaria de competencias por parte de las Comunidades Autónomas en la materia de régimen local.

Ciertamente, la dificultad de ensamblar procedimientos es notable. Las reformas estatutarias obedecen a ritmos diversificados, mientras que una intervención sobre la legislación básica estatal responde a un único impulso que puede no coincidir con los tiempos estatutarios. Así, pues, la reforma del régimen local deberá transcurrir probablemente de forma simultánea por dos vías, la estatutaria y la legal –tanto para la reforma de la LBRL como de la LOREG- acompañándose la una a la otra, y debiéndose de admitir necesariamente de entrada que una reforma de la legislación básica podría ir quedando parcialmente desplazada de forma sobrevenida por ulteriores reformas estatutarias. Creo que puede aplicarse al caso la teoría de los vasos comunicantes: sometida a dieta de adelgazamiento la LBRL, todo el peso que pierda puede redundar en el robustecimiento de la densidad normativa de los Estatutos en relación con el gobierno local y de mayores competencias autonómicas al respecto.

2. Vid. entre otros trabajos, T. Font “La nueva posición del gobierno local en el Estado de las Autonomías”, en *Informe Comunidades Autónomas 1998*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 1999 y en “La reconstrucción jurídica de la autonomía local: el gobierno local y la reforma de los Estatutos”, en *Anuario del Gobierno Local 2003*, p. 40.

Por tanto, debe insistirse, creo, en que «no hay dinámica posible de “pacto local”, en el sentido de impulso político decisivo para reforzar el papel del sistema de gobierno local, si no es a través de la “elevación de rango” de la regulación jurídica de los elementos definidores esenciales del sistema» y que el Estatuto es la única norma capaz de ejercer supremacía sobre el resto y dar cumplimiento a la Recomendación del Consejo de Europa 121 (2002) sobre la democracia local y regional en España, que aboga por una mayor “regionalización” del régimen local y por una mayor garantía del principio de subsidiariedad en los Estatutos de Autonomía³.

2. La reforma de la legislación básica: la perspectiva del Libro Blanco sobre la Reforma del Gobierno Local

Las anteriores apreciaciones coinciden con las que parecen orientar los principales ejes del debate de los últimos tiempos. En efecto, el Ministerio de Administraciones Públicas propició la redacción de un libro blanco para la reforma del Gobierno Local, - del cual queda excluida, de entrada, la financiación de los entes locales- circunscrito al objetivo de la formulación de una nueva Ley de Bases del Gobierno y la Administración local, para lo cual deberá analizarse el alcance que debe tener la regulación básica como mínimo común denominador regulador. Ahora bien, entiendo que no cabe duda que un tal propósito no puede alcanzarse de forma correcta si no se inscribe en el más amplio proceso de reformas señalado.

En el Libro Blanco se recoge la citada intención de elevar de rango la determinación de las competencias locales, aunque se concreta en una pretendida “elevación de la Ley de Bases para hacer efectiva la función constitucional del legislador local y su integración, junto con los Estatutos de Autonomía, en el bloque de la constitucionalidad local”. No obstante, también hay que decir que ésta es prácticamente la única referencia sustantiva que hace el Libro Blanco al papel de los Estatutos de Autonomía en la reforma del gobierno local. Ello sin duda ayuda a delimitar el alcance que se pretende otorgar al proceso de reforma, pero también es cierto que no se recoge expresamente la idea antes aludida de que es oportuno abordar

3. Así lo he señalado en “La reconstrucción jurídica de la autonomía local”, cit. Vid. el texto completo de la Recomendación en el *Anuario del Gobierno Local 2003*, p. 357 ss, con una introducción de Marc Marsal. En el *Anuario del Gobierno Local 2002*, vid. el *Informe* que precedió a la Recomendación, presentado por F. Merloni, p. 357 ss.

de forma conjunta y global las reformas estatutarias y las de la legislación básica.

En línea con lo ya destacado en otras ocasiones, igualmente se recuerda que puede existir un específico anclaje estatutario (STC 109/1998) para excepcionar el régimen básico aplicable a todas las Comunidades Autónomas, en la materia de régimen local⁴. La perspectiva adoptada, en la que se inscribe esta referencia al papel de los Estatutos, es, no obstante, la de partir del principio de que según la jurisprudencia constitucional el art. 149.1.18 CE permite la “instauración” de un “modelo local común”. La introducción del concepto mismo de “modelo” en este contexto es de por sí bien significativa. Un modelo que, aún así, “no ha cerrado completamente el paso a que junto al régimen general establecido por la normativa básica convivan determinadas peculiaridades autonómicas”⁵.

Las posibilidades de análisis abiertas son, con todo, ciertamente amplias. Ya que pudiendo existir anclaje estatutario, pudiendo “tolerarse” peculiaridades autonómicas⁶, el proceso de debate iniciado debería incluir la determinación del alcance que a todo ello cabe otorgar a la luz de la Constitución. Ésta constituye el único límite real a considerar en un proceso que debiera contemplar la reforma de los Estatutos de Autonomía. En otro caso nos encontraríamos, -y esto es lo que en la realidad ha sucedido- con dos procesos “paralelos”, entendido en el estricto sentido geométrico del término, esto es, que no se encuentran jamás. En este contexto y desde esta perspectiva, pueden establecerse algunas ideas iniciales al respecto, que luego serán objeto de contraste con su efectiva aceptación.

II. LOS ASPECTOS INSTITUCIONALES DEL GOBIERNO LOCAL EN LA REFORMA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

¿Qué pueden decir los Estatutos de Autonomía sobre el Gobierno y la Administración local? Antes de entrar en ello, quiero recordar que cuando se debate sobre la densidad normativa que debe tener el Estatuto

4. Entre otros, he insistido en ello en T. Font, “La reconstrucción jurídica de la autonomía local: el gobierno local y la reforma de los Estatutos”, en *Anuario del Gobierno Local 2003*, p. 40.

5. *Ibid.*, pág. 22.

6. Es otra de las expresiones recogidas en el texto del Libro Blanco.

en relación con ésta cuestión, es decir, el grado de detalle con que debe regularse el régimen local en los Estatutos, hay que tener en cuenta, dos facetas. Por un lado, que en efecto es cierto que a mayor regulación estatutaria, queda menor libertad al legislador ordinario, lo cual justificaría una regulación mínima del Estatuto que consienta una mayor posibilidad de opciones por parte de la ley autonómica. Pero, por otro lado, también debe considerarse que el gran déficit en la protección de la autonomía local es precisamente la falta de parámetros supralegales con los que juzgar la constitucionalidad de la ley; por lo que, desde esta perspectiva, a mayor regulación estatutaria, -y según cuál sea su contenido- mayor garantía de la autonomía local frente al legislador.

I. El municipio como elemento del sistema institucional de la Comunidad Autónoma

El Estatuto de Autonomía, como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, regula, entre otros extremos, sus instituciones de autogobierno. El punto de partida es el de considerar que el municipio forma parte del sistema institucional de la Comunidad Autónoma y así tiene que ser tratado en el Estatuto. Me apresuro a aclarar que ello no significa en absoluto, en contra de lo que alguien pudiera interpretar, que el municipio “pertenece” a la Comunidad Autónoma. Si no, más bien, que se relaciona preferentemente, y con mayor naturalidad, con las instituciones autonómicas, como ya señalara hace años el Tribunal Constitucional, y como es absolutamente natural en los sistemas de corte federal. En este sentido puede parecer algo equívoca, a mi entender, la declaración contenida en la Carta de Vitoria aprobada por la FEMP en noviembre de 2004, según la cual, “los poderes locales son parte integrante del Estado y conforman uno de los tres niveles de su estructura administrativa, gozando de plena autonomía en las funciones que les son propias y no siendo en ningún caso Instituciones de ámbito Autonómico”. Claro que son parte integrante del Estado, como también lo son las CCAA.

Lo que aquí se sostiene es que la Comunidad Autónoma, de acuerdo con la Recomendación del Consejo de Europa, ha de ser la primera implicada en la garantía de la autonomía municipal, y para ello el Estatuto de Autonomía le debe atribuir la adecuada posición institucional y los poderes correspondientes, que no puede mantenerse la ecuación hasta ahora sostenida, de que sólo al Estado le corresponde la garantía de la autono-

mía local, en virtud de sus competencias básicas en materia de régimen de las administraciones públicas.

Al mismo tiempo, el municipio es la institución básica de identificación y de participación política de los ciudadanos, y por esto tiene que disfrutar de la autonomía garantizada por la Constitución y por el propio Estatuto para regular, gestionar y satisfacer los intereses de los ciudadanos. En este sentido, el Estatuto debe declarar que el municipio es la entidad básica de la organización territorial de la Comunidad Autónoma y que es instrumento esencial de participación de la comunidad local en los asuntos públicos.

Asimismo, el Estatuto debe reconocer y amparar la autonomía de los municipios garantizada por la Constitución, precisando que se hace de acuerdo con los principios de subsidiariedad, de proporcionalidad, de diferenciación y de máxima proximidad a los ciudadanos, principios reconocidos en la Carta Europea de la Autonomía Local. Por otro lado, el Estatuto también debe declarar que dentro del respeto a la autonomía de los municipios y a los citados principios de subsidiariedad, proporcionalidad, diferenciación y máxima proximidad a los ciudadanos, la Comunidad Autónoma promueve una actuación coordinada de los entes locales, con el fin de garantizar el equilibrio, la solidaridad y la equidad entre todos los territorios de la Comunidad Autónoma. Con ello se habilita para que el legislador incida en la posición de los municipios pero al mismo tiempo se delimita la finalidad que la puede justificar.

Cuestión distinta es la regulación de las instituciones supramunicipales, en particular de la provincia en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, que deben configurarse mucho más libremente con funciones de cooperación municipal y de descentralización de la Comunidad Autónoma. En este campo se debe reconocer una capacidad de configuración estatutaria mucho más amplia que en relación con la institución municipal.

2. Garantía de la autonomía municipal

La garantía de la autonomía municipal debe concretarse, en primer lugar, en la declaración de que el Estatuto, en términos parecidos a los utilizados por la Carta Europea de la Autonomía Local, garantiza el derecho y la capacidad efectiva de los municipios para ordenar y gestionar libremente una parte importante de los asuntos públicos, a través de órganos

propios y bajo su responsabilidad, así como el derecho y la capacidad de intervenir con efectividad en aquellas otras decisiones que les afecten. Para ello, los municipios ostentan potestades y competencias en los términos establecidos en el propio Estatuto y en las leyes.

Por otro lado, el Estatuto puede fijar un estándar determinado de autonomía, declarando que los acuerdos y las resoluciones de los municipios de la Comunidad Autónoma no pueden ser objeto de control de oportunidad por ninguna otra Administración, y que sólo pueden ser susceptibles de control de legalidad por la jurisdicción competente, en los términos establecidos en el propio Estatuto y en las Leyes. De este modo se puede “congelar” un determinado nivel de control constitucionalmente admisible, ya que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el que ahora está fijado en la LBRL bien pudiera ser modificado y llevado a un nivel de mayor injerencia sobre las actuaciones municipales. Como cláusula de cierre, podría recordarse la declaración, procedente del ordenamiento autonómico de Cataluña bajo el Estatuto de 1932, de que los municipios de la Comunidad Autónoma gozarán, como mínimo, del mismo nivel de autonomía que los del resto del Estado.

3. Principios de subsidiariedad, diferenciación y autonomía y suficiencia financieras

El Estatuto de Autonomía puede concretar el contenido del principio de subsidiariedad, señalando que corresponde preferentemente a los municipios las funciones de gobierno y administración en todas aquellas materias que los afectan, funciones que pueden ejercer si es preciso de manera asociada. En las materias sobre las que la Comunidad Autónoma tiene reconocida capacidad legislativa, las leyes habrán de determinar qué funciones corresponden a las instituciones de la Comunidad Autónoma (o a otros entes locales), cuando por razón de su dimensión o de los efectos de la actividad de que se trate, requieran un tratamiento unitario o los objetivos pretendidos puedan obtenerse mejor por la actuación de la Comunidad Autónoma.

Para la garantía de este principio, los proyectos y proposiciones de ley que se sometan a debate en la asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma habrán de incluir la fundamentación suficiente del respecto del principio de subsidiariedad, aportando indicadores cuantitativos y cualitativos respecto de su incidencia sobre las competencias e intereses locales.

Se ha criticado que los procedimientos previstos en el Protocolo anejo al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, dirigidos a garantizar el respeto de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, son de extrema complejidad para su efectiva aplicación. Es posible que ello sea así en el ámbito y nivel de relación entre las instituciones europeas y los Estados miembros y sus instituciones regionales. Pero no cabe duda que la introducción de este tipo de mecanismos y su adaptación al ámbito del legislador autonómico en relación con los entes locales ofrece muchas más posibilidades prácticas y efectivas, por razón de dimensión, de proximidad, de interrelación, de mayor conocimiento, etc.

En cuanto al principio de diferenciación, el Estatuto debe declarar que las leyes que afectan el régimen jurídico, orgánico, competencial y financiero de los municipios han de tener en cuenta necesariamente sus diferentes situaciones demográficas, geográficas, de dimensión, funcionales, organizativas y de capacidad de gestión, con el fin de asegurar la igualdad substancial de los ciudadanos en la satisfacción de sus intereses, en el ejercicio de sus derechos y en el acceso a los servicios públicos y de interés general. Puede contener la previsión de que la ley puede establecer regímenes especiales para determinados tipos de municipios con las finalidades señaladas. En cualquier caso, el criterio demográfico no puede ser el único, como en la realidad ahora sucede, que señale las posibilidades de actuación diferenciada. También la voluntad municipal de actuación, esto es, el compromiso de programación y, si procede, de cofinanciación de determinadas políticas, es un factor determinante para un trato diferencial.

En relación con el principio de autonomía y suficiencia financieras, el Estatuto debe garantizar el derecho de los municipios a regular sus propias finanzas, en el marco de la ley, y a disponer de recursos suficientes para el ejercicio autónomo de sus funciones y competencias. La Comunidad Autónoma debe asegurar la atribución de recursos propios a los municipios y su participación en los tributos de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con criterios de equidad, solidaridad y eficiencia, y no únicamente a través de planes de obras y servicios finalistas, sino por medio de fondos de cooperación incondicionados.

4. Las competencias municipales

Es capital determinar si el Estatuto debe contener disposiciones sobre las competencias municipales. Se ha señalado frecuentemente la imposibi-

lidad real de la Ley de Bases de régimen local para imponerse al legislador sectorial en virtud del juego de los artículos 2 y 25, debiendo acudir a los artículos 26 y 86, referidos a servicios, para hallar verdaderas garantías, aunque formuladas, no obstante, en términos de obligaciones o de reservas. Y la cláusula del art. 2.2, para imponerse al legislador autonómico, hubo de ser objeto de un fallo Interpretativo en la STC 214/1989. En la medida que los Estatutos asuman ellos la garantía de la autonomía local, pueden ir desplazando paulatinamente la función de la ley de bases de determinar ámbitos competenciales municipales, con la virtualidad de que el Estatuto sí que se impone sin ninguna sombra de dudas, sobre el legislador sectorial, tanto estatal como autonómico.

Si se admite lo anterior, los Estatutos debieran incluir la declaración general de que los municipios tienen, dentro del marco de la ley, plena capacidad para ejercer libremente su iniciativa y prestar toda clase de servicios en todo aquello que contribuya a la satisfacción de los intereses de la comunidad local, sin otro límite que el respeto a la ley y a las competencias que estén atribuidas a otras Administraciones⁷. En este caso, no obstante, los municipios pueden ejercer competencias complementarias a las desarrolladas por dichas Administraciones. A partir de ahí, cabe incorporar un listado de los ámbitos materiales que son competencia propia de los municipios y en las cuales han de ejercer funciones de gobierno y administración, en el marco establecido por las leyes. Sería lógico incluir las que ya hoy constan en la LBRL, superando los anacronismos que aún perviven, y puede ser conveniente precisar mejor las facultades o potestades y campos de actuación que configuran cada materia. Además, hace falta concretar los servicios sociales, sanitarios y educativos, e incorporar con mayor garantía nuevos ámbitos de intervención municipal en las políticas de ocupación, de vivienda, de inmigración, de telecomunicaciones, de tecnologías de la información y del conocimiento, etc.

Además, el Estatuto puede determinar que los municipios ejercen también las competencias que les delegan o encomiendan la Comunidad Autónoma u otras entidades locales en los casos y términos que establezca la ley, que en todo caso deberá garantizar la correspondiente financiación.

Por lo que se refiere a las entidades supramunicipales, el Estatuto debe establecer que además de ostentar sus competencias propias de coope-

7. La cláusula general en estos términos ha sido analizada entre otros por J. L. Carro, "La cláusula de competencia municipal", en *Anuario del Gobierno Local 1999/2000*, p. 37-60.

ración municipalista y las que les delegan los mismos municipios, se configuran como Administración indirecta de la Comunidad Autónoma, que les delega o encomienda normalmente el ejercicio de sus propias competencias. La vieja construcción de la llamada administración indirecta debe actualizarse en sede estatutaria.

5. La potestad normativa de los municipios

Formalizando lo que ya va siendo asumido por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, por la doctrina y por el propio legislador de la “modernización”, el Estatuto debe garantizar que los municipios tienen potestad normativa para regular la organización y el ejercicio de las competencias que les corresponden, y que pueden tipificar infracciones y establecer sanciones, de acuerdo con los criterios establecido por la ley.

Más en general aún, y para despejar toda duda acerca del pretendido alcance de un reserva general de ley, cabe precisar que las normas municipales pueden ordenar la actividad de los particulares, imponiendo obligaciones, limitaciones y prohibiciones, siempre dentro del marco establecido por ley, esto es, sin infracción de la ley.

Por su lado, también debe declarar que los municipios adoptan las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la normativa emanada de las instituciones europeas, del Estado y de la Comunidad Autónoma. En fin, cabe incluir la regla de que las normas reglamentarias que apruebe el Gobierno de la Comunidad Autónoma en materias de competencia municipal tendrán carácter supletorio de las que aprueben los mismos municipios.

6. La organización y actuación de los municipios. El sistema electoral local

El Estatuto puede incorporar el contenido básico del principio de organización democrática, según el cual, el gobierno y la administración autónoma de los municipios corresponde al respectivo ayuntamiento, formado por el alcalde o alcaldesa y por los concejales, y que la ley puede prever otros órganos representativos y ejecutivos que en ningún caso pueden afectar el carácter democrático del gobierno y de la administración municipal. Ciertamente, el Estatuto no debería imponer “modelos” organizati-

vos, sino preservar principios y criterios a respetar por el legislador, pero es a éste a quien corresponde ordenar la “forma de gobierno” municipal.

Además del contenido principal que el Estatuto puede expresar sobre este extremo, la Comunidad Autónoma puede asumir competencias en materia de régimen electoral local, que en todo caso deben respetar el principio de que el alcalde es escogido por los concejales o por los vecinos, lo que está estrechamente ligado a la determinación de la forma de gobierno local. ¿Es constitucionalmente obligado un sistema único como el hoy establecido en la LOREG? ¿Pueden las Comunidades Autónomas ostentar competencias sobre el régimen electoral local?.

Al respecto, debe recordarse que ciertamente el Tribunal Constitucional incluyó en el ámbito del artículo 81 CE el sistema electoral a que hace referencia el artículo 140 CE, según la STC 38/1983, de 16 de mayo, lo que daría pie a la formulación de la LOREG de 1985 en los términos en que se hizo. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que en esa misma Sentencia 38/1983, el Tribunal Constitucional también había admitido que los Estatutos de autonomía pueden incorporar normas singularizadas y asumir competencias en la materia de elecciones locales. Y, en el mismo sentido, se pronunció la STC 132/1983. La STC 38/1983 dice claramente que «el alcance y el contenido del “régimen electoral general”, según la expresión del art. 81.1 de la CE viene dado por aquello que resulta del bloque de la constitucionalidad formado, de acuerdo con el art. 20 de la LOTC, por la propia Constitución y los Estatutos de Autonomía».

En consecuencia, en un proceso de reforma estatutaria no es de descartar que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias sobre el sistema electoral local, dentro del respeto a lo que es el derecho común electoral o disposiciones comunes fijadas por el Estado para todas las elecciones por sufragio universal. Así, es propio del Estado la regulación del derecho al sufragio, la administración electoral, el censo, procedimientos, recursos, esto es, los elementos de garantía del derecho fundamental; pero pudiera ser asumido en los Estatutos y regulado por las Comunidades Autónomas un conjunto de cuestiones específicas de las elecciones locales vinculadas a la determinación del sistema de elección de los concejales y del alcalde, tales como: la determinación de las circunscripciones electorales para las elecciones municipales –por ejemplo, el tema de los distritos en las ciudades-, la composición del ayuntamiento, esto es, el número de concejales de cada municipio, el sistema de elección

del alcalde. Y, por supuesto, los casos de sufragio indirecto o de segundo grado para la composición de los demás entes locales quedan mucho más vinculados a los aspectos estrictamente organizativos, que pueden requerir tratamientos diferenciados según los distintos territorios.

Piénsese que esta distribución competencial en materia de elecciones locales es una cuestión pacífica en los sistemas federales, como el alemán⁸ o el austríaco. A título de ejemplo reciente, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Austria de 30 de junio de 2004 confirma la competencia del Estado federado de Viena para la regulación de las elecciones en los distritos de Viena, quedando para la Federación la determinación del derecho al sufragio, en este caso, de los extranjeros; lo que, por cierto, no ha dejado de ser valorado por la doctrina como una interpretación excesivamente restrictiva por parte del Tribunal⁹.

Incluso en sistemas descentralizados de nuevo cuño, como el resultante de la *devolution* a Escocia, a partir de la *Scotland Act* de 1998, la materia del sistema electoral local es de la competencia exclusiva del Parlamento Escocés. Y éste ha adoptado ya varias leyes en la materia, entre ellas la *Scottish Local Government (Elections) Act* de 2002, para hacer coincidir las elecciones locales con las regionales; la *Local Government in Scotland Act* de 2003, de alcance más general, y no sólo electoral; y la *Local Governance (Scotland) Act* de 2004, referida al sistema electoral, que es regulado en su totalidad y que entre otros aspectos, introduce el método del voto preferencial auspiciado por los liberales, diferenciándose así del resto de elecciones municipales del Reino Unido (y aproximándose al de Irlanda del Norte, regulado, no obstante, por ley nacional).

En cuanto al principio de la organización democrática municipal, cabe incluir, en fin, entre las competencias de la Comunidad Autónoma la de regular y fomentar los instrumentos de participación ciudadana y, en su caso, la de regular y autorizar los referéndums y las consultas populares municipales. Téngase en cuenta, en este sentido, que estas fórmulas de democracia directa municipal no son ninguna de las “distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución” cuya regulación el art. 92.3 CE reserva a ley orgánica. Como se sabe, en la actualidad están reguladas

8. Vid. en *Anuario del Gobierno Local 2004*, el trabajo de Silvia Díez sobre “La elección directa del Alcalde en Alemania”.

9. P. Pernthaler y otros, “El federalismo austríaco en el año 2004”, en *Informe Comunidades Autónomas 2004*, Instituto de Derecho Público, 2005.

en el art. 71 LBRL, que ya prevé la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas, e incluye una autorización del Gobierno, que no es constitucionalmente exigible para estos casos, por más que el Estado disponga de competencia exclusiva para dicha autorización.

En relación con los demás aspectos de la organización municipal, de naturaleza más administrativa, no se observa dificultad en que la regulación de los órganos complementarios pueda corresponder a las Comunidades Autónomas, dentro del respeto a lo que, en su caso, pueda ser básico y común a la organización de todas las administraciones públicas.

En cuanto a la actuación de los municipios, puede incorporarse, entre otros, el principio de actuación cooperativa, según el cual, los municipios tienen el derecho a asociarse con otros y a cooperar entre ellos y con otras entidades públicas para el ejercicio de sus competencias y la prestación de sus servicios, así como para realizar tareas de interés común. A estos efectos pueden establecer mancomunidades, convenios, consorcios y otras formas de actuación conjunta. Lo importante de este tipo de reconocimiento es el de incorporar la garantía de que la ley no puede limitar este derecho si no es para garantizar la autonomía de las demás entidades que la tengan reconocida. Se trataría así de evitar actuaciones como las ya efectuadas en momentos precedentes, en el sentido de restringir dicha capacidad asociativa para contenerla dentro de determinados márgenes territoriales y funcionales con el objetivo de preservar el espacio atribuido a entes de nueva creación pero sin ningún tipo de implantación fáctica¹⁰.

7. Relaciones entre la Administración de la Comunidad Autónoma y la Administración local

Parece claro que las relaciones entre las Comunidades Autónomas y los entes locales de su territorio no pueden quedar ajenas a una regulación estatutaria. El Estatuto debe establecer la regla general de que la Administración de la Comunidad Autónoma y las entidades locales fundamentan sus relaciones recíprocas en los principios de lealtad institucional

10. Me refiero, por ejemplo, a las leyes catalanas de organización comarcal de 1987, que limitaban las posibilidades de las mancomunidades y consorcios con el objeto de que no aparecieran como alternativas reales y voluntarias a las nuevas comarcas establecidas por ley. Vid. mi trabajo "La comarca y las estructuras del gobierno local", en R. Gómez-Ferrer (dir.), *La provincia en el sistema constitucional*, Madrid 1991.

y de colaboración mutua. Se facilitan la información necesaria para el ejercicio de las respectivas competencias y, al ejercerlas, tienen en cuenta la totalidad de los intereses implicados. Con la finalidad de hacer efectiva la cooperación pueden establecer convenios, consorcios y otras formas de actuación conjunta.

Asimismo debe prever la existencia de un órgano bilateral de colaboración permanente entre la Administración local y la Administración de la Comunidad Autónoma. La ley determina su composición, que es paritaria, su organización y sus funciones. Esta comisión o conferencia informa preceptivamente los anteproyectos de ley, proyectos de disposiciones de carácter general, planes y programas de actuaciones administrativas generales que haya de aprobar el Gobierno y que afecten a la Administración local. Sin perjuicio de lo anterior, el Estatuto debe garantizar el derecho de los municipios, directamente o a través de sus entidades representativas, a intervenir de manera efectiva, con tiempo suficiente y de manera adecuada, en los órganos y en los procedimientos normativos y administrativos que los afectan. En tales casos, de acuerdo con el principio de primacía de la voluntad municipal en los asuntos de su competencia, la voluntad expresada por el municipio afectado tendrá que ser tenida en cuenta para la resolución del procedimiento, y aquella voluntad prevalecerá si no es contradicha de forma expresa y motivada.

Las audiencias a los municipios en el procedimiento legislativo están reguladas en las Constituciones de algunos *Ländern* alemanes, como el art. 71 de la Constitución de Baden-Württemberg, ya desde 1953; y en el art. 84 de la de Sajonia o el 97.4 de la de Brandemburgo, además de similares previsiones en los *Ländern* de Baviera¹¹, Sarre¹² y Turingia¹³, incorporadas en los años 90. Aún sin previsión constitucional expresa, de facto, los municipios participan activamente en los procedimientos legislativos con una influencia decisiva.

En cuanto a las relaciones de conflicto, la Comunidad Autónoma está legitimada para impugnar los acuerdos y las resoluciones de los entes locales que vulneren las leyes o excedan de sus competencias. Puede incluirse la cautela de que antes de formalizar un conflicto con una entidad local,

11. Art. 87.3 de la Constitución de Baviera, de 1946, añadido por Ley de 20 de febrero de 1998 y modificado por Ley de 10 de noviembre de 2003.

12. Art. 124, añadido por Ley de 25 de agosto de 1999.

13. Art. 91.4, Constitución de 25 de octubre de 1993.

el Gobierno de la Comunidad Autónoma debe solicitar preceptivamente el dictamen del supremo órgano consultivo de la Comunidad.

8. El Consejo de Municipios

La ausencia de una determinación constitucional o estatutaria del contenido funcional de la autonomía local, -potestades, competencias-, incrementa como sabemos la dificultad a la hora de establecer mecanismos claros de delimitación del papel de la ley en la determinación de las competencias locales. En definitiva, la teoría de la garantía institucional de la autonomía local puede llegar a operar como un límite negativo para el legislador, pero no soluciona en positivo hasta donde debe llegar la ley en la dotación competencial para considerar satisfecha la autonomía constitucionalmente garantizada. Se hace necesario incorporar nuevos instrumentos para contribuir a otorgar a la ley verdaderamente esa función delimitadora de las competencias locales. En un nivel distinto, pero no tan distante, como es el de determinar el alcance de la legislación básica del Estado, y después de la enjundiosa pero insatisfactoria labor del Tribunal Constitucional de cara a poder establecer un método definitivo para definir en cada caso lo que sea básico, la doctrina ha sugerido que a la postre sólo la intervención de las propias Comunidades Autónomas, a través de un Senado verdaderamente autonómico, en la definición de lo básico –y por tanto, del propio ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas en estas materias compartidas- puede aportar nuevos medios para resolver la cuestión¹⁴.

Pues bien, sin ánimo de comparar, y sin perjuicio de las formas de relación interadministrativa clásica, ya sea procedimentales u orgánicas a través de órganos mixtos de colaboración, los Estatutos pueden regular un órgano de exclusiva representación de la autonomía municipal, el Consejo de Municipios, con funciones consultivas y de propuesta. Pueden establecer el sistema y los criterios de composición, representación y funcionamiento, garantizando la representación de los distintos territorios y la diversidad demográfica y funcional de los municipios.

Este órgano habría de intervenir con informe preceptivo en la aprobación del presupuesto de la Comunidad Autónoma y de los proyectos

14. Vid. entre otros, E. Aja, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Alianza Ed. 2ª ed. 2003; y con C. Viver Pi-Suñer, "Valoración de 25 Años de autonomía", *REDC*, núm. 69, 2003.

y proposiciones de ley sometidos a debate en la Asamblea legislativa que afecten a la organización local, la atribución y el ejercicio de las competencias locales y su financiación, contribuyendo así a delimitar el campo de actuación de los propios municipios. En caso de desacuerdo de la Asamblea con el informe del Consejo de municipios, se podan prever varios mecanismos: que el Parlamento tenga que motivar expresamente la discrepancia del parecer del Consejo de Municipios, o bien exigirse un quórum reforzado para la aprobación del proyecto, especialmente si el informe desfavorable del Consejo de Municipios también se había adoptado por mayoría reforzada.

Más allá de esta primera función, también cabe prever que, en el citado caso de desacuerdo, pero también más en general, el Consejo de Municipios pueda solicitar dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma en defensa de la autonomía local, con independencia del conflicto constitucional previsto en la LOTC. Asimismo se le puede atribuir al Consejo de Municipios la iniciativa para formular proposiciones de ley, aunque la Iniciativa legislativa también se puede atribuir directamente a un determinado número de municipios, con independencia de la posterior intervención del Consejo de los Municipios. Por otro lado, el Estatuto puede atribuir al Consejo de Municipios la potestad de proponer a la Asamblea legislativa la designación de un miembro del Consejo consultivo, del órgano de fiscalización de cuentas, del Consejo Audiovisual, etc.

En fin, cabe prever que la Asamblea legislativa y el Consejo de Municipios se reúnan en sesión conjunta para tratar cuestiones de común interés y formular un debate sobre el estado de la autonomía local.

Esta intervención del municipalismo en relación con el poder legislativo de la Comunidad Autónoma puede articularse también de otras maneras más internas, como son la previsión de una comisión parlamentaria permanente, a la que son invitados los representantes de los municipios, y que ha de intervenir preceptivamente en los proyectos que afectan la posición de los entes locales, en términos parecidos a los ya previstos en algunas Comunidades Autónomas para hacer efectiva la participación de la representación de estructuras territoriales propias de la Comunidad (p. ej., Comisión de cabildos, en el Parlamento Canario).

Una solución institucional de este tipo no es desconocida en derecho comparado. Al margen de otros ejemplos más lejanos, hemos de referirnos a los Consejos de las Autonomías Locales introducidos en Italia por

la reforma constitucional de 2001. El artículo 123 prevé este órgano en el seno de cada región, y en la actualidad, los diversos Estatutos regionales en fase de reelaboración regulan efectivamente el Consejo de las Autonomías locales¹⁵. Las opciones en cuanto a composición y funciones son variadas, pero incluyen tanto las de participación en funciones legislativas como las de acuerdo y concertación con las regiones. Naturalmente, no es menor la cuestión de si hay que ubicar la participación local en sede parlamentaria o bien en sede del ejecutivo, por lo que habrá que pensar en soluciones adecuadas para ambas exigencias, como puede ser, tal vez, la previsión de un plenario de relación con el parlamento y de una comisión permanente de relación con el gobierno regional.

Además de las previsiones que se están incorporando a los Estatutos regionales italianos, el nuevo proyecto de reforma constitucional, en trámite en el Senado, como se ha dicho ya, prevé que dichos consejos de las autonomías locales designen un senador, con voz y sin voto, igual que lo designan las asambleas legislativas de cada región, para que se incorporen al Senado federal de la República.

Por su parte, en el contexto del sistema federal alemán, donde ya existe una participación procedimental de los municipios en los procesos legislativos de los respectivos *Ländern*, según se ha dicho, es recurrente la reclamación municipalista de la creación de un “senado municipal” en el seno de los Parlamentos de los *länder*.

9. La defensa de la autonomía local

Se ha señalado a menudo la insuficiencia de la actual regulación del conflicto constitucional en defensa de la autonomía local. La propia Recomendación 121 (2002) del Congreso de Poderes Regionales y Locales del Consejo de Europa así lo confirma. Aquella regulación de 1999 se inscribía en un contexto de temor ante la avalancha de recursos, y se basó en la legitimación colectiva y uniforme. En este segundo aspecto, el del régimen uniforme, lo que es natural para impugnar leyes estatales no lo es tanto cuando se trata de impugnar leyes autonómicas, puesto que la distinta estructura demográfica, territorial y dimensional de las diversas Comuni-

15. Vid. los trabajos de L. Vandelli en el *Anuario del Gobierno Local 2004*. Además, los diversos estudios incluidos en *Istituzioni del federalismo, 2004/4*, entre ellos “Il Consiglio delle autonomie locali nello Statuto regionale” de Roberto Bin.

dades Autónomas lleva como consecuencia una distinta capacidad efectiva de los municipios para ejercer su iniciativa en defensa de su autonomía según en qué Comunidad Autónoma se encuentren.

Pues bien, con independencia de los mecanismos constitucionales y de su necesaria reforma, el Estatuto puede completar los instrumentos de defensa de la autonomía local en relación con la actividad de la propia Comunidad Autónoma. Así, puede establecer que corresponde al Consejo consultivo dictaminar si los proyectos y proposiciones de ley que se tramitan en la Asamblea legislativa afectan a la autonomía local garantizada por el Estatuto, ya sea a solicitud del Consejo de Municipios, o de los propios municipios, considerados individual o colectivamente.

Por su parte, también cabe establecer que corresponde al máximo órgano consultivo dictaminar si los proyectos de disposiciones de carácter general, planes y programas de actuaciones administrativas generales que haya de aprobar el Gobierno de la Comunidad Autónoma afectan a la autonomía local, a solicitud de los municipios individual o colectivamente, sin perjuicio de las demás competencias que le puedan corresponder al órgano consultivo.

10. Relación con las instituciones de supervisión y control de la Comunidad Autónoma

En fin, los Estatutos deben mejorar la regulación de las instituciones de supervisión y control propias en su proyección sobre los entes locales. Así, al regular la figura del Defensor del Pueblo autonómico, el Estatuto debe determinar si su actuación de supervisión de la Administración pública en defensa de los derechos de los ciudadanos se proyecta también sobre la actuación de los entes locales. En este caso, y en garantía de la autonomía municipal, el Estatuto tiene que prever que la Ley regule los mecanismos de coordinación entre el Defensor autonómico y los defensores cívicos municipales o instituciones equivalentes que se puedan crear en virtud de la potestad de autoorganización de los municipios.

Por otro lado, el Estatuto puede determinar que la función que corresponde al órgano autonómico equivalente al Tribunal de Cuentas en relación al control y fiscalización económico-financiera de los entes locales se ejercerá con respeto de la autonomía municipal y con el objetivo, entre otros, de garantizar la calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos.

III. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

Junto a la regulación de carácter institucional que los Estatutos de autonomía pueden incluir respecto de los municipios y demás entes locales de su territorio, es evidente que un aspecto fundamental a tener en cuenta es el alcance de las competencias que las Comunidades Autónomas pueden asumir, mediante la reforma de sus Estatutos, en la materia relativa al Gobierno ya la Administración local. La lógica de los vasos comunicantes, antes señalada, hace que mediante la asunción estatutaria de competencias y su posterior ejercicio por las Comunidades Autónomas, progresivamente puede ir desplazando el papel de la legislación estatal. En este momento es suficiente apuntar algunas ideas esenciales al respecto, sin que sea posible la exposición pormenorizada de todas las implicaciones que pueden aparecer.

Sirva de contexto general la decisiva aportación de la doctrina constitucionalista, que en los últimos tiempos ha enriquecido sustancialmente los análisis de esta temática al normalizar la consideración de los municipios –y demás entes locales territoriales- como verdaderas instituciones de “gobierno” y no sólo como entidades de “administración”. Y ello tiene sus consecuencias en el ámbito competencial.

Así, por un lado, cabe plantearse la virtualidad del título material “régimen local”, inexistente en el art. 149.1 CE, y reconducido al mismo por la jurisprudencia constitucional, por vía de su inclusión en las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” del núm. 18. Y ello, en virtud de las remisiones que los propios Estatutos efectúan. Así, según el art. 9.8 del Estatuto de Cataluña, la Generalitat ostenta competencia exclusiva en la materia de régimen local, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE. Ello es lo que ha condicionado la jurisprudencia constitucional, ya desde la STC 32/1981, de 28 de julio. Al plantearse procesos de reforma estatutaria, las interpretaciones del Tribunal Constitucional fundadas precisamente en los preceptos estatutarios, pierde cierta virtualidad.

En este sentido, Caamaño ha destacado cómo “las bases estatales, por tanto, deben venir referidas no al gobierno local, sino exclusivamente al régimen jurídico de su actividad administrativa. La organización municipal es cuestión que debe corresponder sustancialmente al legislador

autonómico”¹⁶. En efecto, creo que deben relativizarse las consecuencias derivadas de los conceptos utilizados por la STC 32/1981, y reproducidos, entre otras ocasiones, por las STC 214/1989, y que, por cierto son los únicos a su vez aducidos por el Dictamen 269, de 1 de septiembre de 2005, del Consejo Consultivo de Cataluña, sobre la propuesta de Estatuto. El Tribunal, por un lado, negó en 1981 que el uso de la expresión “régimen jurídico” para designar sólo los procedimientos y el régimen de recursos fuera una práctica legislativa extendida ni un criterio constante y uniforme para todas las Administraciones. Lo que es evidente es que con posterioridad, a partir de la Ley 30/1992, y ed la Ley del Gobierno de 1997, no es posible mantener intacto, sin matices, aquel tipo de fundamentación.

Y por otro lado, el Tribunal afirmó en 1981 que “como titulares de un derecho a la autonomía constitucionalmente garantizada, las comunidades locales no pueden ser dejadas, en lo que toca a la definición de sus competencias y a la configuración de sus órganos de gobierno a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de este derecho, tanto más cuanto que el mismo no va acompañado, como en otros ordenamientos sucede, de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de ley”. También aquí es evidente que la simple evolución histórica, con la creación del conflicto en defensa de la autonomía local por Ley orgánica 7/1999, ha hecho desaparcer de forma sobrevenida la fuerza argumental que en su caso pudiera haber tenido aquella ya antigua Sentencia 32/1981. Es decir, repito que la jurisprudencia consitucional hay que manejarla en su contexto histórico-ordinamental, y también en su contexto procesal, esto es habiéndose pronunciado sobre decisiones del legislador y no del Estatuto.

Por otro lado, también puede acotarse que lo que queda cubierto por el art. 149.1.18 CE es todo aquella regulación básica de las Administraciones locales que es común a todas las Administraciones públicas, puesto que el sentido teleológico del precepto, avalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es la garantía de un tratamiento común a los ciudadanos. El art. 149.1.18 no prevé que existan unas bases del régimen jurídico de las Administraciones locales distintas a las del conjunto de las

16. Francisco Caamaño, “Autonomía local y Constitución: dos propuestas para otro viaje por el callejón del gato”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 70 (2004), p.185

Administraciones públicas. De manera que lo que es específico de las entidades locales podría ser asumido por los Estatutos de Autonomía¹⁷.

En todo caso, la actualización de las competencias autonómicas, después de 25 años de ejercicio de la autonomía y de la propia democracia local, permite avalar un incremento sustancial de la capacidad autonómica de incidir en la ordenación de la Administración local. Los recelos frente a la eventual lesión de la autonomía local por la actuación autonómica deben encontrar en las regulaciones institucionales del mismo Estatuto el primer elemento de protección y garantía.

Así, ya se ha aludido antes a la capacidad de incidencia en el sistema electoral, ligado a la forma de gobierno local. Algo parecido cabe señalar respecto de la determinación de todos los elementos que configuran la organización territorial, incluidas la creación y supresión de municipios y las alteraciones de términos municipales, sobre los que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias exclusivas. Asimismo, las relaciones intergubernamentales entre la Comunidad Autónoma y los entes locales, a partir de las previsiones estatutarias al respecto, -el “anclaje estatutario” a que aluden la STC 27/1987 y la STC 109/1998- pueden ser objeto de competencia exclusiva autonómica; así como las relaciones de cooperación entre los propios entes locales y de éstos con la Comunidad Autónoma.

Por otro lado, la regulación de la potestad normativa local y de su procedimiento puede recaer en la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Ya sabemos que esta materia no pertenece al “régimen jurídico de las Administraciones públicas” ni al “procedimiento administrativo común”, sino a la materia de “gobierno”: no se regula la potestad reglamentaria en la Ley 30/1992, sino en la Ley del Gobierno, para el del Estado, y en las leyes autonómicas de Gobierno, para las mismas. Por lo que, no habiendo título estatal en el 149.1, nada impide a los Estatutos incluir esta competencia.

Por su parte, en relación con las instituciones de información y participación ciudadanas, incluidas las consultas municipales, ya se ha indicado que no están incluidas entre las “distintas modalidades de referéndum pre-

17. Una brillante exposición de esta posibilidad es la de F. Velasco Caballero, “Organización territorial y régimen local en la reforma del Estatuto de Cataluña: límites constitucionales”, en AA.VV. *Estudios sobre la reforma del Estatuto*, Barcelona, Instituto de Estudios Autonómicos, 2005.

vistas por la Constitución” reservadas a la ley orgánica, sin perjuicio de la competencia estatal sobre la autorización de aquéllos referenda.

En relación con la organización municipal para la realización de actividades y prestación de los servicios públicos, incluidas las fórmulas instrumentales, también parece claro que no se corresponde con las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” comunes a todas ellas, y en efecto la LOFAGE afecta sólo a la Administración del Estado. Se ha criticado ampliamente en este sentido a la propia Ley de Modernización del Gobierno Local, por el patente exceso competencial, que una formulación estatutaria más precisa hubiera puesto en evidencia.

No me extendiendo más en estas enumeraciones. La otra cara de la moneda de la asunción estatutaria de competencias, al margen de las que se asumen con carácter exclusivo, la constituye, sin duda, la recuperación del concepto de las bases como principios y criterios generales, sobre todo cuando se trata de la regulación jurídica de una materia y no del establecimiento de una política pública sectorial. Éste, creo, es el reto de una nueva ley de bases del Gobierno y la Administración local, de la que ha empezado ya a circular algún borrador de anteproyecto y cuyo estado aún embrionario no aconseja mayores referencias en este momento.

En definitiva, la panorámica de reformas en marcha no es de poco calado. El papel central en la misma lo ocupa la reforma estatutaria, verdadero presupuesto y condicionante de la reforma de la legislación básica, y aunque aquélla deba seguir un ritmo singularizado, aconseja un tratamiento conjunto y global que permita coordinar los procesos, con el objetivo de acabar con la dinámica seguida hasta ahora de contraponer la autonomía de las Comunidades Autónomas a la autonomía local, estando reservada a la legislación básica estatal la función de protección de la autonomía local. Una nueva consideración de los Estatutos de Autonomía ha de permitir la implicación de las propias Comunidades Autónomas en esta función de garantía de la autonomía local.

IV. LAS PRIMERAS REFORMAS DE LOS ESTATUTOS Y EL GOBIERNO LOCAL: DE NUEVO SOBRE LAS GRANDES CUESTIONES

En las páginas anteriores se ha dedicado una especial atención al tratamiento del gobierno local que puede abordarse en los procesos de re-

forma de los Estatutos de Autonomía que se han puesto en marcha en los últimos años, por lo que ahora sustancialmente procede actualizar el análisis¹⁸. En 2006 se han aprobado los de la Comunidad Valenciana y Cataluña, y el de Andalucía, aprobado en referéndum ya en 2007. Las Cortes tramitan ya las propuestas de Canarias, Baleares, Castilla-La Mancha, Aragón y Castilla y León. En síntesis, los aspectos novedosos de mayor relieve atañen a la confirmación de que la regulación sustantiva del gobierno local es una materia propia del Estatuto; a las opciones en materia de organización territorial; y a la asunción por las CCAA de las competencias en la materia de régimen local.

En cualquier caso, como cuestión previa, parece claro que los Estatutos no quieren dar la espalda a las materias propias del gobierno local, sino que, por el contrario, el “modelo” catalán de incrementar la regulación de la Administración local en el Estatuto se ha difundido, con variantes, en el resto de iniciativas. En pocas palabras, los Estatutos han apostado por la garantía del autonomía local, han hecho público su “compromiso” con este principio constitucional ordenador de la organización territorial del Estado.

I. El gobierno local como materia estatutaria

Con distinta extensión e intensidad, todos los Estatutos regulan con mayor detenimiento que hasta la fecha el Gobierno local, ya sea dentro de la regulación de las instituciones propias de la Comunidad, ya sea en la regulación de la organización territorial, de manera que se tiende a configurar las bases de un “modelo” de gobierno local propio. En este sentido, los Estatutos acuden a la previsión admitida por el Tribunal Constitucional, según la cual los Estatutos pueden ofrecer, como ya se ha dicho, un “anclaje estatutario” a una regulación no uniforme del régimen local, sobre la base de incorporar disposiciones específicas para los entes locales de su territorio. El TC ha admitido en varias ocasiones, que son todas en las que se le ha planteado la cuestión, esta posibilidad de diferenciación de lo

18. Vid. T. Font i Llovet, “Estado autonómico y gobierno local: el inicio de un nuevo ciclo”, *Anuario del Gobierno Local 2005*, p. 16-26. También, el estudio de Francisco Velasco Caballero, “Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del Derecho local”, en dicho *Anuario 2005*. Vid. asimismo el volumen colectivo *El régimen local en la reforma de los estatutos de autonomía*, con trabajos de F.Velasco, L. Ortega y T. Font, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Serie Foro, núm. 6, Madrid, 2006.

básico a partir de las previsiones estatutarias: régimen local, en especial en relación al régimen de las provincias, cámaras de comercio, función pública, etc.

Según veremos luego, no hay en ello peligro de reducción del contenido mínimo de la autonomía local, puesto que ante un eventual supuesto de menor garantía por parte de un Estatuto en relación con la Ley básica, su interpretación conforme al principio constitucional de autonomía local permitiría la aplicación preferente de la norma más protectora. Principio que ya figuraba explicitado en el régimen local catalán de la Segunda República y en la actualidad está recogido en la legislación foral Navarra de régimen local. Cómo se ha señalado, el legislador básico puede concretar el contenido “mínimo” de la autonomía local, pero el legislador estatutario puede establecer un contenido “óptimo” para su propio territorio.

En todos los casos se proclama la garantía –estatutaria- de la autonomía local y se incluyen los principios ordenadores de la posición de municipios y otros entes locales y su relación con la Comunidad autónoma. Las formulaciones son muy variadas. A parte de la contenida en el Estatuto de Cataluña, ya analizada, puede señalarse que Castilla-La Mancha contiene un específico capítulo dedicado a los municipios que incorpora en lo esencial y de manera eficaz la Carta europea de autonomía local, sobre la base de los principio de subsidiariedad y de diferenciación que la doctrina ha ido perfilando en su aplicación al ámbito local.

La fijación de competencias municipales o locales, con fórmulas diversas, es uno de los objetivos de algunos Estatutos, con la finalidad de ordenar la actuación del legislador.

Así, Cataluña y Andalucía, incluyen la proclamación de la garantía estatutaria de un núcleo de competencias propias para los municipios, que después se concreta en un listado de materias específicas sobre las que los ayuntamientos tienen en todo caso competencias propias de acuerdo con las leyes (Andalucía), listado que en Cataluña se atribuye a los gobiernos locales en su conjunto, y luego, se incorporan los principios de subsidiariedad, etc., como mecanismos de distribución entre los diferentes niveles del gobierno local, asegurándose, así, que ante situaciones de incapacidad e no idoneidad de prestación de los servicios a nivel municipal, la competencia no por ello pasa a ser autonómica, sino que se mantiene en el nivel local supramunicipal de garantía.

La propuesta de reforma del Estatuto de Canarias recoge las competencias de los cabildos y de los municipios en sendas disposiciones adicionales, cuya reforma no está sometida a la rigidez propia de la reforma del Estatuto. Garantía más débil, pues, en este caso.

Por su parte, Castilla-La Mancha contiene una doble lista: la de materias sobre las que le legislador *debe* declarar las competencias propias de los municipios, para ejercerlas solos o asociados, y en su caso con el soporte de las diputaciones; y la más genérica de materias respecto de las cuales el legislador *puede* transferir competencias a los municipios

Junto a las competencias, se presta atención a la participación local en la organización autonómica. El Consejo de Gobiernos Locales se regula inicialmente en Cataluña, básicamente según el modelo avanzado en estas mismas páginas, y es seguido en Castilla-La Mancha (art. 79) con la misma denominación y configuración: órgano de representación de municipios y provincias en las instituciones de la Comunidad autónoma, con participación en la tramitación de las iniciativas normativas y de planificación que afecten a sus intereses propios, es órgano distinto de las comisiones bilaterales o multilaterales de cooperación a que se refiere el art. 77.2. El Consejo Local de Aragón, en cambio, acepta ser órgano de colaboración y coordinación entre el Gobierno de Aragón y las entidades representativas de las entidades locales aragonesas, de modo que se congela ya en el Estatuto un tipo de representación local concreto.

Como órgano de participación o de colaboración, en Andalucía se prevé un “órgano de relación de la Junta de Andalucía y los ayuntamientos”, de composición mixta, como ámbito permanente de diálogo y colaboración, con intervención en la tramitación parlamentaria de de las disposiciones legislativas y de planes que les afecten de forma específica, en la línea ya adelantada por el Estatuto de la Comunitat Valenciana; en este caso se incluye nominativamente a la Federación Valenciana de Municipios y Provincias como sujeto de la colaboración. Es de notar que la composición mixta, válida para la colaboración y la coordinación, no encaja, en cambio, con la función de consulta respecto de proyectos normativos, en los que tiene sentido la función de representación y de participación exclusivamente local¹⁹.

19. Vid. Al respecto el excelente libro de Marc Vilalta Reixach, *El Consejo de Gobiernos Locales. La nueva participación de los entes locales en las Comunidades Autónomas*, lustel, 2007.

Además, en Cataluña se prevé que el Consejo de Garantías estatutarias pueda actuar específicamente para la protección de la autonomía local garantizada por el Estatuto frente al legislador (art. 76.2,d), con independencia de su intervención en el procedimiento del conflicto en defensa de la autonomía local (art. 76.3).

Todas estas cuestiones son perfectamente propias del contenido material de las normas estatutarias. Frente a lo que pueda haberse sostenido, en el sentido de que la materia del régimen local no es propia de los Estatutos, porque los municipios no son “instituciones propias de la Comunidad Autónoma” a los efectos del art. 147.2 CE, debe señalarse que la regulación estatutaria comentada afecta al régimen local en la medida en que establece mandatos y límites al legislador autonómico, que debe respetar, tanto en lo competencial como en lo material o sustantivo, de modo que se regula la posición de los entes locales “en relación con” las instituciones propias de la Comunidad, y por tanto, delimita la posición y el régimen de éstas. No cabe, pues sostener, que las opciones actuales de la LBRL, opciones coyunturales, no inmanentes, de una norma contingente, que no es de obligada existencia constitucional, deban quedar congeladas y bloqueadas. El propio TC en su sentencia 240/2006, sobre el conflicto de autonomía local de Ceuta,, reconoce que no puede atribuírsele a la LBRL una específica función constitucional frente a futuras leyes, a excepción de las leyes autonómicas –no de los Estatutos- que se dicten en materia de competencia compartida.

2. Las opciones de organización territorial

Con carácter general, se mantiene la configuración de la estructura territorial en un sistema de dos niveles –como mínimo- el básico municipal, y el supramunicipal que se interpone entre el municipio y la Comunidad Autónoma, y es ahí donde se consolida la diversificación ya preexistente. Como novedad, cabe señalar la sustitución de la provincia por la veguería en Cataluña, por confusión de ambas instituciones y la atribución de su gobierno y administración al consejo de veguería, que sustituiría a la diputación, de acuerdo con la posibilidad ya prevista en el propio art. 141 CE, si perjuicio del número de unidades que se puedan en el futuro constituir.

La “disponibilidad” de la provincia, por cierto, es admitida por la citada STC 240/2006, que resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por la ciudad de Ceuta. Como *obiter dicta* en la argumentación

para reconocerle a Ceuta el carácter de ente local se dice que cabe reconocérselo a partir de las previsiones de los arts. 137 y 140 CE, que configuran al municipio “como ente territorial básico en todo el territorio del Estado, respecto al cual, *a diferencia de la provincia*, no existe previsión constitucional alguna que permita *disponer de su existencia o de su base organizativa*”.

Por lo que se refiere a las comarcas, se pretende claramente su desactivación en su Comunidad de origen, Cataluña, donde aparecen como entidades estrictamente voluntarias en el texto inicial de la propuesta estatutaria, aunque luego se modificaría para quedarse en la pura ambigüedad, con una suerte de “garantía existencial” (arts. 83.2 y 92); también en el Estatuto de Andalucía se configuran como voluntarias (art. 97 del texto definitivo). En cambio, en la propuesta de reforma de Aragón aparecen muy reforzadas, y son calificadas como entidades territoriales “fundamentales para la vertebración territorial aragonesa” (art. 83).

Los procesos de reforma en Baleares y en Canarias ponen de manifiesto la evolución hacia una diferente concepción de las islas y de su organización propia dentro de la estructura institucional de la Comunidad Autónoma respectiva, aunque se mantiene el punto común de la elección directa de los consejos y cabildos.

Según la propuesta balear, se deja claro que los Consejos insulares son al mismo tiempo instituciones de gobierno de cada isla e instituciones propias de la Comunidad Autónoma: el mismo Estatuto contiene una amplia regulación sobre su configuración, más prolija que el Estatuto vigente -en realidad viene a elevar a rango estatutario lo esencial de la Ley de Consejos insulares del año 2000-, sobre la base del modelo “parlamentario” de Pleno, Presidente y Consejo ejecutivo, con posibilidad de disolución anticipada, y elección directa y separada del parlamento autonómico. Se efectúa una remisión al legislador autonómico, previendo que la aplicación de la legislación de régimen local sea solamente a título supletorio. El Estatuto garantiza un elenco de competencias propias de los Consejos -destaca el urbanismo, vivienda, ordenación del territorio y del litoral- y de funciones ejecutivas, y se les reconoce la potestad reglamentaria. Se aleja cada vez más la consideración de los consejos insulares respecto de la figura de la provincia, a pesar de que la legislación ordinaria insiste frecuentemente en equipar ambos tipos de entes.

Es de interés la previsión, en el Estatuto Balear, de una Conferencia de Presidentes, que incluye al de la Comunidad Autónoma y a los de los

consejos insulares, como marco general de relación de colaboración y de acuerdo. La Conferencia adoptará su propio reglamento.

En cambio, en el caso de Canarias, luego de plantearse diversas posiciones en los sucesivos trámites de elaboración de la propuesta de reforma estatutaria, incluido el dictamen del Consejo Consultivo, los cabildos se circunscriben a la función de órganos de gobierno de las islas, plenamente inclinados hacia su consideración como entes locales, eliminándose toda referencia a su incardinación en el sistema institucional de la Comunidad autónoma, aunque también se les reconoce el carácter de representación ordinaria del Gobierno y de la Administración autonómica en las islas. Sus competencias tienen menor protección, puesto que figuran en una disposición adicional, y el régimen jurídico se difiere a la legislación ordinaria, aunque aprobada por mayoría cualificada, y siendo varias las apelaciones directas del Estatuto a la aplicación a los cabildos de la legislación básica estatal.

3. Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de régimen local

Como ya se señaló anteriormente, este es un punto novedoso en los actuales procesos estatutarios, que buscan una mejor definición material y funcional, y con ello, una mayor aproximación entre la Comunidad Autónoma y el sistema de gobierno local de su territorio.

En pocas palabras, se trata, en el mejor de los casos, de recuperar el significado genuino de la inicial formulación del art. 9.8 del Estatuto catalán de 1979, que atribuía a la Generalitat la “competencia exclusiva sobre el régimen local, sin perjuicio del art. 149.1.18 CE”. Como es sabido, dicha formulación dio pie al Tribunal constitucional para construir un título competencial nuevo a favor del Estado, las “bases del régimen local”, que cubría la totalidad de la regulación de las entidades locales., convirtiendo una materia que era en parte exclusiva y en parte compartida en una materia totalmente compartida. Ahora se intenta regresar de esta compartición total a la diferenciación: partes exclusivas, partes compartidas. El ejemplo se encuentra en el art. 160 del nuevo Estatuto de Cataluña cuyo contenido puede recordarse:

“1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el principio de autonomía local, incluye

- a. Las relaciones entre las instituciones de la Generalitat y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Generalitat, incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales.
 - b. La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el artículo 84.
 - c. El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos.
 - d. La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Generalitat y el funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos de estos órganos.
 - e. El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.
2. Corresponde a la Generalitat la competencia compartida en todo lo no establecido por el apartado 1.
 3. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen electoral de los entes locales creados por aquélla, con la excepción de los constitucionalmente garantizados.”

A ello puede añadirse el art. 151:

“Corresponde a la Generalitat, respetando la garantía institucional establecida por la Constitución en los artículos 140 y 141, la competencia exclusiva sobre organización territorial, que incluye en todo caso:

1. La determinación, la creación, la modificación y la supresión de las entidades que configuran la organización territorial de Cataluña.
2. La creación, la supresión y la alteración de los términos tanto de los municipios como de las entidades locales de ámbito territorial inferior; la denominación, la capitalidad y los símbolos de los municipios y de las demás entidades locales; los topónimos y la determinación de los regímenes especiales.
3. El establecimiento mediante ley de procedimientos de relación entre las entidades locales y la población, respetando la autonomía local.”

Estos preceptos dan continuidad al art. 9.8 EAC de 1979, que ya ha reconocido la competencia exclusiva de la Generalidad en el régimen local, y que ha estado vigente de forma pacífica durante más de 25 años. La incorporación de la cláusula “sin perjuicio” en este precepto ni añade ni quita un ápice de vigencia al art. 149.1.18 CE, como tampoco puede añadir ni quitar nada el hecho de que el actual art. 160.1 EAC no incluya dicha cláusula “sin perjuicio”. El Estado sigue teniendo la competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, y ello explica precisamente el contenido del párrafo segundo del mismo art. 160 EAC.

El Estatuto de Andalucía, en el texto aprobado por el Parlamento incluía (art. 59) la competencia exclusiva sobre régimen local en una serie de sub-materias que siguen la línea del estatuto catalán, en los términos reproducidos, aunque luego, en el art. 96, al referirse al contenido que debe tener la Ley de régimen local de Andalucía, se enumeran estas mismas materias, “en el marco de la legislación básica del estado”. Posteriormente, en el texto que aprobarían definitivamente las Cortes, la competencia sobre régimen local (art. 60) ya figura como “exclusiva, respetando el art. 149.1.18 de la Constitución”, fórmula que recuerda la del art. 9.8 del Estatuto de Cataluña de 1979, citado, aunque con un matiz importante: la cláusula “sin perjuicio” permitió entender que la competencia estatal podía proyectarse sobre toda la materia asumida por la Comunidad Autónoma. La cláusula “respetando” señala más bien que la competencia estatal es sobre otra materia distinta, -las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas- que puede parcialmente coincidir con la autonómica, y en tal caso opera como un límite externo.

La propuesta de Estatuto de Canarias asume también el listado del texto catalán, aunque calificando la competencia como compartida, sin referirse, no obstante, al art. 149.1.18 CE. El texto de Aragón incorpora también dicha enumeración en el artículo 71 como competencia exclusiva, cuyo ejercicio deberá efectuarse “respetando lo dispuesto en los art. 140 y 149.1 de la Constitución”.

Un parecido listado, en fin, figura en la propuesta de Castilla-La Mancha (art. 105), pero calificando estas “sub-materias” como exclusivas, dentro de la materia compartida “régimen local y haciendas locales”.

En definitiva, como puede verse, se sigue una variedad de formulaciones en los distintos Estatutos, que no hace, por cierto, sino reproducir

la variedad que ha habido hasta ahora a lo largo de un cuarto de siglo, sin que ello haya perjudicado en nada el funcionamiento del Estado y de las instituciones autonómicas y locales, ni la posición jurídica de los ciudadanos.

LA DÉCENTRALISATION TERRITORIALE EN FRANCE

Yves Gaudemet

Catedrático de Derecho Público
Universidad de La Sorbona, París II
Abstract de Juan Antonio Carrillo Donaire
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

Abstract

El trabajo analiza el alcance real de la reforma constitucional francesa de 2003. La ley constitucional de 28 de marzo de 2003, relativa a la organización descentralizada de la República, rechaza cualquier forma -por velada que sea- de federalismo, y traza una distinción muy importante entre el régimen de descentralización de los territorios de ultramar, donde se permite una verdadera diversificación de regímenes “a la carta”, con estatutos adaptados a las particularidades de cada territorio, y el modelo de descentralización metropolitana para la Francia continental, anclado en los postulados de igualdad y uniformidad que, sin embargo, la reforma de 2003 ha querido matizar con soluciones novedosas que tienen, además, una pretensión racionalizadora.

El peso histórico y dogmático de los principios de unidad y uniformidad consagran un modelo homogéneo que se manifiesta tanto en la estructura de las circunscripciones territoriales (regiones, departamentos y comunas) como en la organización administrativa de las mismas, donde se impone la misma estructura orgánica y organizativa para todas las de igual naturaleza. La unicidad del modelo se refuerza enormemente con un principio de estricta igualdad formal o de trato entre las colectividades territoriales, que no están ligadas entre sí por relación de jerarquía alguna, ni tienen relación de control o dirección de una sobre otra. Todas las colectividades locales están sometidas al mismo control “de legalidad” que el Estado ejerce a través de su representantes territoriales (*préfectures*).

En este contexto, tan apegado a las claves revolucionarias, la Ley de 2003 ha pretendido teñir la descentralización de mayor realismo y de cierta sistemática racionalizadora, lo que acaba por dar mayor complejidad al modelo. Aparte de las dificultades que conlleva un sistema de reparto de competencias basado en la igualdad de los receptores de las mismas, hay nuevas evidencias de la complejidad. Una proviene de la “constitucionalización” de los “establecimientos públicos de cooperación local” como plataforma asociativa de colectividades que pueden colaborar bajo esa fórmula organizativa superpuesta que no ejerce autoridad sobre ellas. Pero también es fuente de dificultades la conversión de la región en una circunscripción para la planificación y la acción económica desconcentrada del Estado, que al sumar esta condición a su carácter de colectividad local muestra -una vez más- que la descentralización corre el riesgo de deslizarse solapadamente en la desconcentración.

La mayor complejidad introducida por la reforma de 2003 requería abundar en el esfuerzo racionalizador que el legislador ya había iniciado con la ley de 22 de julio de 1982. En este sentido apuntan las innovaciones normativas más reseñables, como la garantía constitucional de la autonomía financiera de las autoridades locales; el mayor juego que se le da al referéndum local y al derecho de petición; la consagración -implícita pero clara- del principio de subsidiariedad en beneficio de las entidades descentralizadas; la creación, para ciertos proyectos, de la figura de la colectividad local “chef de file”; así como las innovaciones, mucho más diversificadas, que se introducen para los territorios de ultramar. Pero estos avances no consiguen eludir las dificultades que acarrea una tradición histórica aparentemente irreductible: el mantenimiento del principio de la uniformidad a ultranza -opuesto a la realidad de las cosas-; la férrea igualdad del *status* jurídico e institucional de las distintas colectividades; la falta de mecanismos de tutela entre ellas; o el entrelazamiento laberíntico de competencias materiales. Todo lo cual apunta el riesgo de un doble coste importante: el de la duplicidad de las competencias (y de la acción pública) y el de la ineficacia.

LA DÉCENTRALISATION TERRITORIALE ET LA COOPÉRATION INTER-ADMINISTRATIVE

LA DÉCENTRALISATION TERRITORIALE EN FRANCE

Il fallait, a-t-on pensé, une révision constitutionnelle - ce fût la 23 - pour donner à la République française «l'organisation décentralisée » qui lui manquait; d'autres ont suivi depuis. L'« organisation décentralisée », c'est le titre de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 « relative à l'organisation décentralisée de la République »; cette loi constitutionnelle a entièrement réécrit le titre XII de la Constitution du 4 octobre 1958 intitulé jusqu'alors «les collectivités territoriales»; elle n'en modifie pas fondamentalement la substance.

La France d'avant la réforme constitutionnelle de 2003 était déjà une République décentralisée ; elle le reste des lors que le seul terme de fédéralisme se heurte à tout le poids de son histoire. L'inscription par la loi de 2003 à l'article 1^{er} de la Constitution que «l'organisation de la République est décentralisée » doit ainsi se comprendre comme le rejet explicite, par la Constitution, de toute forme de fédéralisme : puisque la République est décentralisée, de par la Constitution, elle ne peut être fédérale.

La seule question est donc de savoir si - au-delà de la proclamation politique et de l'espèce de surenchère qui, en France, réunit la gauche et la droite pour invoquer la décentralisation - l'organisation de la République est aujourd'hui davantage décentralisée qu'elle ne l'était avant la réforme de 2003.

C'est pour tenter d'apporter quelques éléments de réponse à cette question que, sans doute, les organisateurs de ce colloque m'ont demandé une analyse de la décentralisation territoriale en France, des succès, des limites et des insuccès de l'expérience française en la matière. Reste à savoir si cela est de nature à alimenter le débat doctrinal espagnol sur ces questions ; reste à savoir quelles sont les limites d'une comparaison pertinente entre nos deux pays, si proches - et pas seulement par la géographie - mais assez différents dans leur histoire de la constitution d'une nation unitaire.

Revenons à la réforme française de 2003. Une distinction fondamentale doit être posée entre le sort fait à outre-mer et la décentralisation métropolitaine.

L'OUTRE-MER

Pour l'outre-mer - dont je vais dire un mot ici pour n'y plus revenir - la réforme est profonde, certains diront même radicale. La situation antérieure à 2003 consacrait l'existence, à côté de départements et de régions d'outre-mer, de territoires d'outre-mer (Polynésie française ; Wallis et Futuna ; les Terres australes et antarctiques françaises) et de collectivités territoriales à statut spécifique (Saint-Pierre et Miquelon ; Mayotte). La Nouvelle-Calédonie avait reçu, dès 1998, un statut spécifique pouvant conduire à l'indépendance ; c'était l'objet de la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 (devenue le titre XIII de la Constitution) complétée par une loi organique du 19 mars 1999.

Les changements qu'apporte la révision constitutionnelle de 2003 sont importants.

Désormais, les différentes collectivités territoriales d'outre-mer, sur la base du nouvel article 74 de la Constitution, « ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République » ; ce statut est défini dans chaque cas par une loi organique prise après avis de l'assemblée délibérante locale.

D'autre part, à un département ou à une région d'outre-mer peut être substituée, par référendum local, une collectivité à statut particulier (art. 73 nouveau, dernier alinéa) ; sur la base de ce nouveau dispositif constitutionnel, plusieurs consultations électorales ont eu lieu aux Antilles¹, le 7 décembre 2003, qui ont confirmé l'attachement des populations à la départementalisation et qui ont fait de Saint-Martin et Saint-Barthélemy des collectivités autonomes dotées d'un statut particulier sur la base de l'article 74 de la Constitution.

Ainsi donc, pour l'outre-mer, la réforme de 2003 permet une véritable diversification, avec des statuts adaptés à des réalités locales fort disparates ; elle permet aussi, selon les résultats des consultations électorales locales, le maintien de l'organisation régionale et départementale selon le modèle de la décentralisation métropolitaine. Plus largement, la réforme de 2003, tout en restant dans le cadre de la décentralisation et sans atteindre jamais au fédéralisme, autorise une différenciation institutionnelle très importante qui rompt avec le passé. Il en résulte certes une réelle com-

1. Différente est la consultation organisée en Corse, le 6 juillet 2003, sur le fondement de l'article 72-1 de la Constitution sur la question de la création d'une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier.

plexité du droit de Poutre-mer, mais on peut penser que cette complexité est elle-même au service de réalités géographiques, humaines, historiques, économiques et politiques, elles-mêmes très diverses.

LA MÉTROPOLE

En est-il de même de la décentralisation en métropole, à laquelle sont consacrés les développements qui suivent ? Le constat est au moins mitigé.

C'est que la réforme de 2003 conserve le postulat de Pégalité et de Puniformité des collectivités décentralisées, collectivités dont elle ne change ni le nombre ni la géographie. Ce parti d'uniformité - que la Constitution de 1946 avait tenté d'entamer, il est vrai, sans succès - avait été au contraire réaffirmé et accentué par les réformes -législatives celles-là - de 1982 et 1983, sur lesquelles la réforme de 2003 ne revient pas.

Toutefois la réforme de 2003 - en prenant le contre-pied de solutions que le conseil constitutionnel avait mécaniquement déduites du principe d'égalité - consacre un certain nombre de possibilités nouvelles, de solutions particulières, qui viennent s'ajouter à un édifice déjà complexe.

La décentralisation territoriale en France est historiquement marquée par un reñis de distinguer, d'un point de vue juridique et institutionnel, entre les différentes catégories de collectivités décentralisées; elle les soumet à un régime pratiquement uniforme, quelles que soient leurs diversités et elle les place sur un pied d'égalité. En revanche -et d'une certaine façon pour limiter les inconvénients de cet artifice de runiformité et de l'égalité institutionnelle - le droit français de la décentralisation est riche de solutions, de formules particulières auxquelles la réforme de 2003 a récemment ajouté dans le sens, pourrait-on dire, d'une certaine rationalisation.

PLAN

D'une décentralisation territoriale reposant sur un principe d'uniformité et d'égalité des collectivités territoriales (I) a résulté une réelle inventivité du droit de la décentralisation territoriale qu'on peut aujourd'hui présenter comme une tentative de décentralisation rationalisée (II).

I / UNIFORMITÉ ET ÉGALITÉ JURIDIQUE DES COLLECTIVITÉS DÉCENTRALISÉES

Uniformité et égalité en droit de collectivités locales pourtant foncièrement différentes. Reprenons ces deux points.

A/UNIFORMITÉ

La France de l'Ancien Régime, construite par une administration royale forte et progressivement déconcentrée, à partir du XVII^e siècle, entre les mains des intendants, était très diversifiée ; elle était respectueuse des particularismes locaux, au demeurant périodiquement consacrés par la Chancellerie royale, sous forme de chartes octroyées, de droits et privilèges régulièrement confirmés.

À cet égard, on peut dire que la France de l'Ancien régime restait fortement décentralisée (avant même que le mot n'existât) ; elle était même doublement décentralisée : par la reconnaissance d'organes d'auto administration aux différents niveaux d'administration locale, et par la diversité de ces organes d'auto administration, relevant chacun d'une tradition historique et de statuts juridiques propres.

C'est la Révolution qui a établi en la matière une uniformité, en totale rupture avec l'Ancien régime. La première grande idée de la Révolution en matière administrative a été d'unifier et d'uniformiser ; elle a voulu aussi supprimer toute espèce de « corps intermédiaire » entre la Nation et l'individu, promu au rang de citoyen. L'égalité révolutionnaire est une égalité dans l'uniformité et elle implique celle-ci.

Ainsi l'organisation locale procède de l'esprit égalitaire de la Révolution en réaction contre l'extrême diversité et complexité du système administratif de l'Ancien Régime ; elle s'exprime à la fois dans la structure des circonscriptions et dans celle des administrations.

1) La Révolution a inauguré une nouvelle structure des circonscriptions en découpant le pays en départements, circonscriptions types et polyvalentes, les départements en districts et les districts en communes ; tout cela s'est fait très rapidement, entre le mois de décembre 1789 et le mois de février 1790.

Et Ton n'est pas revenu par la suite sur ce découpage administratif, qui va accueillir progressivement la décentralisation, au fil de réformes qui aboutiront à la loi départementale du 10 août 1871 et à la loi d'administration

communale du 5 avril 1884 ; les collectivités décentralisées sont progressivement reconnues et consacrées comme telles, au cours de $XLX^{\text{ième}}$ siècle, dans le cadre géographique des circonscriptions tracées par la Révolution, et en reprenant largement les moyens et l'organisation des services de l'Etat repartis sur le territoire, appelés pendant longtemps, de façon significative, les « services extérieurs de l'Etat ».

La décentralisation s'est coulée dans la déconcentration; elle est née de la déconcentration et en conserve les cadres, notamment géographiques.

Or la structure territoriale ainsi décidée par la Révolution constituait une innovation complète : aux circonscriptions multiples de l'Ancien Régime, spéciales aux différentes administrations, enchevêtrées autour des généralités, divisions dans lesquelles les intendants exerçaient leurs fonctions, étaient substituées des types uniformes et généralisés de circonscriptions. Si la création du département est, à cet égard, on vient de le dire, significative, on doit aussi souligner la véritable naissance de la commune française; les communes de l'Ancien Régime, associations d'habitants plus que circonscriptions administratives, étaient de réalité variable, les communes rurales n'existant qu'à l'état embryonnaire ; la Constituante, ayant fait table rase de toutes les communes existantes (loi du 14 décembre 1789), créa dans le cadre territorial des anciennes paroisses, des communes de structure uniforme, couvrant la totalité du pays (loi du 22 décembre 1789 : « il y aura des municipalités dans chaque village, bourg, etc.... »).

Ce découpage territorial, conservé pour l'essentiel, a naturellement vieilli; si le département a été un réel succès et demeure une circonscription significative (bien que jugée trop étroite par certains), les 37.000 communes de France correspondent à des réalités démographiques, économiques, sociologiques, extrêmement - toujours plus - diversifiées et on comprend qu'elles sont, comme telles, impropres à accueillir des mécanismes et des structures de décentralisation uniformes.

2) Quant à la structure des administrations, c'est là aussi un modèle uniforme qui a été retenu - d'abord pour les collectivités déconcentrées - et qui a été ensuite conservé et appliqué aux collectivités décentralisées lorsque celles-ci sont apparues.

D'abord uniformité d'administration pour toutes les circonscriptions de même nature ; notamment toutes les communes recurent la même organisation, qu'elle soient grandes ou petites, urbaines ou rurales. Il en est de même des départements.

Ensuite uniformité du type d'administration, commun aux diverses catégories de circonscriptions : à chaque échelon (département, district, commune) on retrouvait: 1° un conseil, assemblée collégiale; 2° un directoire; 3° un procureur syndic, autorité individuelle.

Cette conception rigide et uniforme contrastait - volontairement - avec les diversités de l'administration de l'Ancien régime où les circonstances et le Tempirisme obligeaient à distinguer entre les « pays d'état » et les « pays d'élections », entre « le plat pays » où existaient des « communautés villageoises » et les « bonnes villes » privilégiées par la détention de chartes qui pouvaient elles-mêmes varier d'une ville à l'autre.

Avant même d'édicter une organisation uniforme des nouvelles circonscriptions créées, la Révolution avait aboli, dans la nuit du 4 août 1789, les « privilèges particuliers des provinces, principautés, pays, cantons, villes et communautés d'habitants », au même titre que ceux des individus (art. 10 de la loi).

C'est cette organisation uniforme qui sera reprise - avec quelques changements dans les dénominations - lorsque apparaitront, dans le même cadre géographique, les collectivités décentralisées²; celles-ci sont toutes administrées sur le même modèle, avec une assemblée collégiale délibérante et un exécutif individuel entouré d'un bureau.

À l'uniformité qu'on vient de dire, uniformité d'organisation et de cadre géographique, s'est ajouté et s'est affirmé plus récemment un principe d'égalité.

B / EGALITÉ

On va le montrer maintenant: au choix de l'uniformité - qui n'a été abandonné récemment que pour l'outre-mer - s'est ajouté, d'abord peu explicite, puis affirmé depuis 1958 et en toutes lettres dans la loi de décentralisation du 2 mars 1982, un principe d'égalité: égalité juridique non

2. La décentralisation initiale, sur la base d'une désignation de tous les organes d'administration locale par l'élection, aboutit immédiatement à un désordre complet, une « anarchie légale » (Lainé), appelant elle-même une réaction rapide. À partir de l'An VIII, aucun élément de décentralisation n'existe plus dans ce cadre; et les circonscriptions en cause demeurent comme des circonscriptions déconcentrées d'administration d'État. L'apparition, dans ce cadre et avec les mêmes principes d'organisation, de collectivités décentralisées ne se fera que progressivement au cours du XIX^{ème} siècle.

seulement des différentes collectivités décentralisées d'une même catégorie, mais aussi égalité des collectivités décentralisées appartenant à des catégories différentes.

Les principes sont clairs, encoré réaffirmés par la loi du 7 juillet 1983 qui pose les règles générales de répartition des compétences en matière de décentralisation territoriale: il n'existe aucune hiérarchie, aucun pouvoir d'instruction ni même de contrôle de la collectivité plus importante (par exemple le département) sur celle qu'elle englobe (la commune).

Toutes les collectivités décentralisées sont soumises au même contrôle de l'Etat et exclusivement de l'Etat; c'est ce contrôle que l'on désigne communément comme le contrôle de légalité et dont le mécanisme, largement confié au juge, a été redéfini par la loi de décentralisation du 2 mars 1982; il joue de la même manière pour toutes les collectivités décentralisées, ainsi que pour leurs établissements publics et pour les sociétés d'économie mixte locales.

L'article 72 de la Constitution confie au préfet, en tant que représentant de l'Etat dans le département, l'examen systématique des actes des collectivités décentralisées avec la faculté de saisir le tribunal administratif pour faire sanctionner les illégalités que ceux-ci pourraient comporter ; la rédaction de cet article 72 a été - de façon maladroite - modifiée par la révision constitutionnelle de 2003, sans que cela emporte aucune conséquence sur le fond: « dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois ».

Ce contrôle s'exerce exactement dans les mêmes termes à l'égard des différentes collectivités décentralisées; il est exclusivement confié au préfet, en sa qualité de représentant de l'Etat dans le département; les collectivités locales les plus importantes n'ont aucune part au contrôle de légalité sur les actes des collectivités plus petites qu'elles regroupent. De la sorte, les collectivités locales de toutes catégories sont placées sur un strict pied d'égalité.

De la même façon, les différentes lois de transfert de compétences qui se sont succédées, matières par matières, depuis 1983, inscrivent toujours leur dispositif dans le principe posé par la loi du 7 janvier 1983 selon lequel chaque catégorie de compétences doit être attribuée à une catégorie déterminée de collectivités locales, sans éclatement entre elles et

surtout sans pouvoir d'instruction ni de direction de Pune sur Pautre. Au demeurant, cette regle de principe s'avère bien difficile a teñir et a pour conséquence de multiplier les procédures consultatives entourant la compétence de decisión et de gestión confiée a une catégorie de coUectivités territoriales déterminée.

Plus largement le conseil constitutionnel rappelle régulièrement que Porganisation des coUectivités locales doit respecter le principe constitutionnel d'égalité appliqué aux coUectivités territoriales, même si ce principe peut être adapté à la diversité des territoires (c. consti., 20 décembre 1994, p. 134 - 26 janvier 1995, p. 183).

On doit ainsi considérer que le droit francçais de la décentralisation tient pour égales en droit par exemple la région He de France - première région économique d'Europe - et telle commune de moins de 50 habitants (voire dépourvue de population, comme il en existe un certain nombre...)³. On verra que, d'ailleurs, une part de la révision constitutionnelle de 2003 s'est faite pour surmonter sur certains points la jurisprudence du conseil constitutionnel fondée sur le principe d'égalité.

Pourtant cette révision ne remet frontalement en cause - sauf pour Pautre-mer -, ni le parti d'uniformité dont on a dit l'origine, ni le principe d'égalité dont on vient de dire combien il tenait le droit de la décentralisation à l'écart des réalités. Elle ajoute à la panoplie, déjà nourrie, des mécanismes et expédients qui entendent donner - sur ees bases peu favorables - plus de réalisme à la décentralisation; il en résulte certes une réelle complexité, mais on doit aussi considérer les efforts faits récemment pour que celle-ci soit mise au service d'une forme de « rationalisation » de la décentralisation. Ce à quoi je viens maintenant.

II / L'INVENTIVITÉ DU DROIT FRANÇAIS: COMPLEXITÉ ET RATIONALISATION DE LA DÉCENTRALISATION

Historiquement dotée - comme on vient de le dire - de deux niveaux non hiérarchisés d'administration décentralisée, le département

3. Environ une commune métropolitaine sur quatre a moins de 200 habitants, une sur deux moins de 400. A l'autre bout du spectre, 900 communes de plus de 10.000 habitants, totalisant 30 millions de résidents, regroupent près de la moitié de la population française, autant que les 35.600 autres... En théorie, toutes ees structures ont le même fonctionnement et les mêmes pouvoirs (v. Les coUectivités territoriales en France, Doc. fr. 2006).

et la commune, la France s'est employée, à partir de 1958, à y ajouter deux niveaux supplémentaires - toujours sur un pied d'égalité avec les précédents -, celui de la région et celui de l'établissement public de coopération locale; la réforme de 2003 parachève l'édifice et l'inscrit dans la Constitution (A). Ont été d'autre part et parallèlement multipliés les mécanismes et techniques qu'on pourrait dire de « décentralisation rationalisée », visant, a-t-on dit, à donner plus d'effectivité à la décentralisation (B).

A / COMPLEXITE: DE NOUVEAUX NIVEAUX DE DÉCENTRALISATION

I) L'étroitesse du département, notamment pour l'action économique, une forme de nostalgie mal réfléchie des anciennes provinces, ont conduit - récemment et progressivement - à faire de la région, d'abord circonscription de la planification et de l'action économique déconcentrée de l'Etat, une nouvelle collectivité décentralisée, regroupant (en principe) plusieurs départements.

La région, d'abord établissement public de coopération interdépartementale, est devenue collectivité locale par la loi du 2 mars 1982 et ce statut lui est aujourd'hui reconnu par la Constitution elle-même, depuis la réforme de 2003, à l'instar de la commune et du département.

La région est organisée sur le même modèle que la commune ou le département: une assemblée délibérante élue au suffrage universel local, élit son exécutif individuel; elle a la même compétence générale de « gérer par ses délibérations ses affaires » ; elle est soumise au même contrôle de légalité administratif-juridictionnel de l'Etat. C'est donc toujours le même modèle organisationnel - issu de la Révolution et de l'Empire, comme on l'a vu - qui est repris.

La France se trouve ainsi dotée de trois niveaux d'administration territoriale décentralisée, niveaux non hiérarchisés, ce qui déjà la singularise par rapport à ses partenaires européens. Périodiquement, la question de l'absorption du département par la région est posée; mais on est forcé de constater que le département a bien résisté à l'émergence de la région et que, hors le domaine purement économique et des investissements, c'est le département qui a largement bénéficié des transferts de compétences inaugurés par la loi de 1983.

2) La singularité de l'organisation territoriale de la décentralisation française est d'autant plus marquée qu'aux trois niveaux que constituent la commune, le département et la région, il faut en réalité ajouter un quatrième, constitué par un réseau très dense -et fort complexe - d'établissements publics de coopération entre collectivités locales, réseau que les réformes, législative de 2002, et constitutionnelle de 2003, ont encore enrichi.

C'est uniformément le procédé de l'établissement public qui est utilisé à cette fin, sous des dénominations qui ont multipliées les réformes (syndicats, syndicats mixtes, districts, communautés d'agglomération, de communes, communautés urbaines, etc.). Ces établissements publics de coopération correspondent à de véritables collectivités territoriales, superposées à celles qu'ils regroupent, mais sans autorités sur elles; ils sont soumis au même contrôle de légalité que les collectivités territoriales proprement dites.

Ces groupements de collectivités locales sont aujourd'hui fort nombreux, presque autant que les communes auxquelles ils ne se substituent pas. **Qu'on en juge : 14 communautés urbaines regroupent plus de 6,2 millions d'habitants; 162 communautés d'agglomération regroupent plus de 20 millions d'habitants; 2343 communautés de communes regroupent près de 25,3 millions d'habitants ; 6 syndicats d'agglomération nouvelle, plus de 350000 habitants; soit un total de 2532 groupements pour 32.311 communes et plus de 52 millions d'habitants (chiffres 2005); s'y ajoutent de très nombreux syndicats intercommunaux, syndicats à vocation multiple, syndicats mixtes, syndicats d'agglomération nouvelle, etc.**

Le périmètre de ces groupements est très différent selon les attributions exercées, de telle sorte qu'il est fréquent qu'une même commune appartienne à plusieurs établissements publics de coopération ou encore qu'elle n'adhère à un tel établissement que pour une partie des compétences que celui-ci est statutairement habilité à recevoir des communes adhérentes.

Quatre niveaux d'administration territoriale non hiérarchisés, une extrême imbrication et dispersion des compétences décentralisées, on mesure la complexité d'un droit de la décentralisation que la réforme de 2003 a voulu sinon discipliner, du moins rationaliser dans le sens de plus d'efficacité (et de moindre coût ?).

B / VERS UNE DÉCENTRALISATION RATIONALISÉE ?

C'est cette forme de rationalisation qu'a entreprise la révision constitutionnelle de 2003, précédée de textes législatifs importants de même objet, comme la loi sur la démocratie de proximité et, auparavant, la loi d'amélioration de la décentralisation. A cet égard, la réforme constitutionnelle de 2003, présentée parfois comme « l'acte II de la décentralisation » (l'acte I^{er}, étant les lois - ordinaires - du 2 mars et 22 juillet 1982) ou encore comme la charte de la « nouvelle décentralisation », assez brouillonne sur le plan technique, est largement la poursuite d'une évolution annoncée, et s'est voulue avant tout comme un acte politique⁴.

Alors qu'en 1982, lors des lois de décentralisation, il n'avait pas été envisagé de modifier le texte constitutionnel (ce que l'opposition du Sénat aurait rendu de toute façon impossible), la réforme de 2003 est importante en volume puisque, dans le texte de la Constitution, six articles nouveaux sont créés, huit modifiés, parfois profondément, voire presque réécrits dans leur totalité pour certains et considérablement augmentés de volume⁵.

1) Quelle est l'inspiration de la réforme et quels sont ses traits dominants ?

Le choix de la décentralisation - et donc le refus de toute forme de fédéralisme ou de régionalisme, qu'il dise ou pas son nom - est confirmé ; on l'a déjà dit. Sur ce point, c'est évidemment la tradition - une tradition qui pèse lourd - qui l'emporte et qui du même coup marque les limites du changement (sauf peut-être, on l'a dit en commençant, en ce qui concerne l'Outre-mer, ou du moins une partie de celui-ci).

Une autre source d'inspiration de la réforme - en négatif, si Ton peut dire, ou au moins en réaction - est la volonté de surmonter une jurisprudence récurrente du conseil constitutionnel qui, au nom d'une interprétation stricte - sinon rigide - du principe d'égalité, a fait obstacle par le passé à nombre de tentatives de diversification du droit de l'organisation locale. Il s'agit, par la révision constitutionnelle, de permettre une

4. Voulu au demeurant davantage par le premier ministre de l'époque que par le président de la République.

5. Voir notamment M. Verpeaux, *La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République : libres propos*, RFDA 2003, p. 661.

meilleure adéquation de ce droit à des réalités de terrain elles-mêmes souvent très diverses. Observons que, au demeurant, cette diversification du droit avait déjà été expressément souhaitée et prévue par le préambule de la Constitution de 1946, mais sans traduction ultérieure dans le droit légiféré.

2) Dans ce cadre davantage diversifié, des innovations - relatives - sont consacrées : une certaine garantie constitutionnelle de l'autonomie financière des collectivités locales; une place élargie donnée au référendum local, y compris à caractère décisionnel (mis en place par la loi organique du 1^{er} août 2003, complété par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales); la consécration implicite mais évidente du principe de subsidiarité au bénéfice des collectivités décentralisées; la possibilité, à titre expérimental et pour une durée limitée, de déroger à la réglementation et à la législation nationale (mise en oeuvre par une loi organique également du 1^{er} août 2003); l'institution, pour certains projets, de la collectivité locale « chef de file », mais toutefois le refus réaffirmé d'une tutelle d'une collectivité locale sur une autre; la reconnaissance - timide - d'un droit de pétition local; enfin des innovations - complexes - pour l'Outre-mer, sous la forme qu'on pourrait dire d'une « décentralisation à la caïte », s'exerçant « au sein du peuple français ... dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité ».

Sont ainsi contournées - plus que surpassées - les -irréductibles ? - contradictions de la décentralisation à la française : collectivité « chef de file », mais maintien du principe -si peu conforme à la nature des choses - de l'égalité en droit des collectivités locales et de l'absence de tutelle entre elles; « expérimentation législative », mais limitée dans le temps même si elle est concluante ; « pouvoir réglementaire » des autorités locales dont on peine à comprendre ce qu'il ajoute par rapport à la situation existante ; dispersion du référendum local à la merci d'entreprises qui pourraient s'avérer de pur lobbying ; etc.

La réforme constitutionnelle de 2003, quel qu'affichage qu'on ait tenté d'en faire et si elle comporte d'indéniables améliorations qui dépassent les seuls aspects techniques, n'est pas en rupture avec le droit antérieur de la décentralisation, constamment enrichi -et compliqué - depuis les débuts de la V^{ème} République.

CONCLUSIÓN

C'est en ce sens qu'on peut parler d'une sorte de « fuite en avant », de couches et de stratifications de réformes successives, sur un rythme ininterrompu, qui aboutissent à brouiller le paysage des collectivités locales : dotées de compétences enchevêtrées, mais sans pouvoir Tune sur Pautre ; fondues pour l'exercice de nombre de compétences dans des établissements de coopération intercommunale, mais sans perdre leur personnalité propre ; organisées sur le même schéma qu'elles soient vides d'habitants ou presque, ou la première région économique d'Europe (Pile de France), les collectivités locales se perdent dans un labyrinthe peu intelligible de compétences, de structures, de responsabilités ; et tout ceci à un coût, un double coût même, celui des doubles emplois et celui de l'inefficacité.

Le système cohérent de la décentralisation au niveau communal et départemental s'est rompu. Sans parvenir aux vraies réformes qui comptent, celle des structures (la cause de la décentralisation) et celle des finances, les réformes successives ont ouvert le système à des solutions juxtaposées de coopérations locales ; et la révision constitutionnelle de 2003, d'une certaine façon, en prend acte et n'y remédie pas vraiment.

LA PLACE DES CITOYENS-ADMINISTRÉS DANS LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES FRANÇAISES AVANT ET APRÈS LA LOI CONSTITUTIONNELLE DU 28 MARS 2003

Michel Verpeaux

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad de la Sorbona. París I

Abstract de Encarnación Montoya Martín

Profesora Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

Abstract

Los entes locales no son abstracciones sino que deben funcionar necesariamente a través de los órganos que los gestionan y que son elegidos directa o indirectamente. Es precisamente la gestión a través de órganos electos lo que distingue políticamente en Francia la descentralización de la desconcentración.

La elección de los órganos de gobierno ha sido durante mucho tiempo la única participación del ciudadano-administrado reconocida en el ámbito de las colectividades territoriales. La duración del mandato de los electos locales, 6 años para el conjunto de las colectividades territoriales francesas (comunales=municipios, departamentos y regiones), puede considerarse excesivamente larga, sobre todo en contraste con la actual tendencia en Francia a reducir la duración de los mandatos.

Sin embargo, la elección de los órganos locales una vez cada seis años, se ha manifestado insuficiente dentro de una democracia moderna y el legislador ha sentido la necesidad de implicar más activamente a los ciudadanos en la vida local. El papel del ciudadano ya no se limita a la elección de los órganos representativos locales.

A este respecto, la Ley 2 de marzo de 1982, constituye el punto de partida de lo que en Francia se denomina el *Primer acto de la descentralización*. Mas hubo que esperar a la Ley de 6 de febrero de 1992 para que dicho principio reconociera en nombre de la democracia local auténticos derechos tanto a los ciudadanos como a los administrados para hacerla más auténtica y participativa. Otra etapa se inaugura con la ley de 27 de febrero de 2002, sobre la democracia de proximidad. Finalmente, la reforma constitucional de 28 de marzo de 2003 ha consagrado dicho principio de participación dedicando un artículo totalmente nuevo a esta cuestión y reconociendo el derecho de petición y de *referéndum decisional* (art. 72-1).

Incorporar activamente a los ciudadanos plantea en primer lugar los requisitos que han de reunir los participantes en la vida local: ciudadano en sentido estricto, contribuyentes locales, administrados, usuarios de servicios públicos o simplemente la condición de habitante. Se trata de categorías diferentes y los derechos de participación en la vida local de unos y de otros tampoco son idénticos.

El papel de los ciudadanos y administrados es doble: por un parte, la elección de los órganos representativos, lo que constituye el primer y más elemental de los derechos de los ciudadanos, y, por otra parte, a participar en la vida local. En ambos planos se han producido novedades importantes a lo largo de las últimas dos décadas, novedades que no están necesariamente ligadas a la reforma constitucional de 28 de marzo de 2003.

Se analiza en la parte I la elección de los órganos de las colectividades territoriales en Francia. El principio de elección de los órganos de gobierno es consustancia a las colectividades locales. La democracia local íntimamente ligada a la libertad de administración. Mas se ha calificado como democracia administrativa de naturaleza diversa a la democracia política que en un Estado tradicionalmente unitario como el francés sólo se predicaba del Estado. Pero sin elecciones las colectividades territoriales serían menos libres frente al Estado. Y así lo ha expresado la Ley 82-213 de 2 de marzo de 1982 que han transformado a las regiones en colectividades territoriales a través de la elección de los consejos regionales por sufragio universal directo.

Las elecciones locales se hacen por sufragio universal directo o indirecto y se han convertido en elecciones políticas. Pero el ciudadano local se distingue cada más del ciudadano nacional por lo que respecta a su

definición y a sus derechos. Desde que se instauró la elección de los órganos ejecutivos se hace por sufragio universal indirecto, toda vez que son elegidos por los electos de los órganos deliberantes o plenarios.

La afirmación de la naturaleza política de las elecciones locales es en realidad reciente en Francia. Durante mucho tiempo se consideraron como simples elecciones administrativas. El Consejo constitucional ha afirmado sólo recientemente en el plano jurídico que las elecciones locales son auténticas elecciones políticas, al resolver la cuestión planteada con relación a la Ley 82-974 de 19 de noviembre de 1982 sobre las elecciones municipales con respecto a la previsión de que “la lista de candidatos no puede incluir más del 75% del mismo sexo”, lo que era una manera de forzar a los partidos políticos a presentar mujeres en las listas electorales en las elecciones municipales en una proporción de al menos el 25%. En la decisión 82-146 DC de 18 de noviembre, denominada “cuota por sexo”, el Consejo constitucional invocó el art. 3 de la Constitución y 6 de la Declaración de derechos contrarios a toda distinción por categorías entre electores o elegibles y para cualquier sufragio político, especialmente en las elecciones municipales. Proclama pues sin ambages, como resultado de una evolución de otros pronunciamientos precedentes, su naturaleza política.

Hay que hacer notar que el Consejo Constitucional en su decisión 98-407 DC de 14 de enero de 1999 (Ley sobre las elecciones de consejeros regionales) ha retomado la jurisprudencia de 1982 para censurar la introducción de la paridad por sexos en la lista de candidatos a las elecciones regionales, aunque sin pronunciarse sobre su naturaleza política. Para poner fin a este asunto, se ha promulgado la ley constitucional 99-569 de 8 de julio para favorecer el acceso en condiciones de igualdad de mujeres y hombres a los mandatos electorales y funciones representativas. La paridad en materia electoral introduce distinciones en el seno de los electores y elegibles que ya no tienen la consideración de entidad abstracta.

Otra transformación reciente es la relativa a la segmentación del cuerpo electoral. Durante mucho tiempo la noción de ciudadano era indistinta para cualquier tipo de elección estatal, referéndum, etc. Ahora se ha introducido una diversificación entre cuyas causas destaca la consagración de la ciudadanía europea (Tratado de Maastricht 7 de febrero de 1992 ciudadanos europeos para la elección del Parlamento europeo y en las elecciones municipales) y causas locales.

La parte II se dedica al estudio del papel de los ciudadanos en el funcionamiento de las colectividades territoriales.

Predomina la idea de que la democracia local tiene que ser directa para ser más real. Pero no es hasta la ley de 6 de febrero de 1992 y la ley de 27 de febrero de 2002 sobre la democracia de proximidad, cuando se toma en consideración la participación activa de los administrados. La ley constitucional de 28 de marzo de 2003 ha aportado dos novedades importantes respecto del papel de los ciudadanos en las colectividades territoriales: el derecho de petición y el referéndum “decisional”.

El derecho de petición atribuye a los electores de cada colectividad territorial el derecho de solicitar la inscripción en el orden del día de la asamblea deliberante una cuestión o propuesta sobre materias de su competencia. Se trata de un simple derecho de petición. Una ley ordinaria debe establecer las condiciones y las modalidades de ejercicio de este derecho, en particular en número o el porcentaje de electores necesario para que la petición deba ser recibida y la fecha de inscripción de la petición en el orden del día. Dicha ley todavía no se ha promulgado para las colectividades territoriales de la metrópolis, en cambio si se ha promulgado para las colectividades territoriales de ultramar (Ley de 21 de febrero de 2007).

El denominado referéndum decisional se aplica en todos los niveles territoriales.

En definitiva, se reconocen diferentes vías de participación de los ciudadanos en la gestión de la vida local. Desde la desconcentración de la democracia local a través del reconocimiento de los barrios (*quartiers*) a través del Consejo de barrios preceptivos en municipios de más 80.000 habitantes y de los distritos (*arrondissement*); hasta la democracia a través de los derechos de información y participación, pues la llamada democracia de proximidad puede prever otras vías más allá del simple acercamiento de la Administración a los administrados (comités consultivos sobre problemas de interés comunal; participación en la gestión de los servicios públicos locales).

Por último, los mecanismos de Consulta a los electores y el referéndum local que son los más recientes. Decidir en lugar de los representantes electos, esta forma de democracia directa jamás se había desarrollado en Francia a nivel local, por desconfianza. Finalmente ha sido la reforma constitucional de 28 de marzo de 2003 la que ha venido a reconocer un

auténtico referéndum decisonal a todas las colectividades territoriales. En la actualidad es la ley n° 2004-809 de 13 de agosto de 2004 relativa a las libertades y responsabilidades locales la que ha extendido la posibilidad de organizar consultas a los electores en los departamentos y regiones.

Las consultas locales sobre un asunto de competencia del presidente o del consejo. Se trata de la solicitud de una opinión sobre un asunto de competencia del presidente de la entidad o del órgano plenario. A través de estas consultas los electores expresan una opinión, no una decisión. Su ámbito se extiende a cualquier asunto de competencia local.

La otra modalidad de consulta es el referéndum decisonal por medio del cual se atribuye a los electores la decisión sobre un asunto de competencia de las colectividades territoriales, regiones, departamentos y municipios tanto a la metrópolis como de ultramar y a propuesta del órgano deliberante o del ejecutivo local, pero no a iniciativa de los electores. El proyecto que se somete a referéndum no se aprueba si no cuenta con la participación de al menos la mitad de los electores inscritos y la mayoría de los votos emitidos. No pueden organizarse durante el periodo electoral ni en campaña electoral.

Otras modalidades particulares de consulta se refieren a la creación de una colectividad territorial con un estatuto especial (ej. caso de Córcega)

LA PLACE DES CITOYENS-ADMINISTRÉS DANS LES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES FRANÇAISES AVANT ET APRÈS LA LOI CONSTITUTIONNELLE DU 28 MARS 2003

Les collectivités territoriales françaises sont des collectivités humaines, ce qui explique qu'elles ont toutes, sauf exceptions ou bizarreries juridiques, une population vivant sur un territoire. Les citoyens, ou les habitants, mais on devine que ces différents termes ne sont pas synonymes et ne confèrent pas les mêmes droits, occupent donc, a priori, une place essentielle. Il n'existe qu'un exemple contraire, celui des Terres australes et antarctiques françaises, encore qualifiées de T.O.M. par la loi, mais qui est une fausse collectivité territoriale¹, faute de résidents permanents. En dehors de ces cas, les collectivités ne sont ainsi pas des abstractions et doivent fonctionner nécessairement grâce à des organes qui les gèrent et qui sont élus, directement ou indirectement. La gestion par des élus est, sans doute, ce qui, politiquement, distingue le plus la décentralisation de la déconcentration à la française.

L'élection des organes a été pendant longtemps la seule participation des citoyens-administrés à être véritablement reconnue au sein des collectivités territoriales et elle reste prépondérante, car ce sont ces organes qui prennent l'essentiel des décisions. La durée du mandat des élus locaux, qui est de six ans, depuis la fin du XIX^{ème} siècle pour les communes et les départements et beaucoup plus récemment pour les régions, c'est-à-dire pour l'ensemble des collectivités territoriales de droit commun, peut être considérée comme étant trop longue, notamment si on la compare avec la tendance contemporaine, en France, à la réduction de la

1. La loi n° 2007-224 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer n'a pas modifié le statut de ces Terres australes mais a étendu le territoire de ce qui est encore qualifié de « territoire d'outre-mer » alors que la catégorie constitutionnelle a disparu. **La loi n°55-1052 du 6 août 1955 porte désormais le titre de « Loi portant statut des Terres australes et antarctiques françaises et de l'île de Clipperton » et son article 1^{er} est ainsi édifié** « L'île Saint-Paul, l'île Amsterdam, l'archipel Crozet, l'archipel Kerguelen, la terre Adélie et les îles Bassas da India, Europa, Glorieuses, Juan da Nova et Tromelin forment un territoire d'outre-mer doté de la personnalité morale et possédant l'autonomie administrative et financière ». Quant à l'îlot de Clipperton, il est rattaché directement par la même loi au Gouvernement et il ne constitue pas non plus une collectivité territoriale.

durée des mandats². Il est aussi original, par rapport au mandat de cinq ans des députés, nationaux et européens, et par rapport à l'ancien septennat présidentiel. Il correspond, en France, à la durée de réalisation d'un programme sur lequel ont été désignés les élus. Seuls les sénateurs, connaissent, depuis la loi organique n° 2003-696 du 30 juillet 2003, un mandat de six ans, mais pour des raisons tenant principalement aux conditions et aux exigences du renouvellement triennal.

Mais la seule élection d'organes locaux, une fois tous les six ans, est apparue insuffisante dans une démocratie « moderne » et le législateur a ressenti le besoin d'associer les citoyens à la vie locale. Le rôle des citoyens ne se limite pas –ou plus– à la seule désignation des organes. La loi du 2 mars 1982, qui est le point de départ de ce qu'il est convenu désormais d'appeler l'acte I de la décentralisation, avait posé le principe, dans son article 1^{er} qui comportait l'énoncé d'un vaste programme législatif, de la participation des citoyens à la vie locale qui devait faire l'objet d'une loi spéciale. Mais les lois de décentralisation des années 1980 ont parfois été critiquées comme étant des lois ayant été adoptées par et pour des élus. Il a fallu attendre dix ans pour que ce principe soit traduit, concrètement, par plusieurs lois, à partir de la loi du 6 février 1992, d'orientation relative à l'administration territoriale de la République, qui a reconnu de véritables droits, aux citoyens mais aussi aux administrés, au nom d'une démocratie locale qui se veut plus authentique et participative. Une autre étape fut réalisée par la loi du 27 février 2002, relative à la démocratie de proximité. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a solennisé cette participation en consacrant un article entier et totalement nouveau à cette question, par la reconnaissance du droit de pétition et du référendum décisionnel (art 72-1). Mais la rupture opérée par cette révision constitutionnelle n'est peut-être, en définitive, pas aussi fondamentale qu'il n'y paraît

Associer les citoyens pose la question de la qualité des participants à la vie locale. Ceux-ci peuvent être en effet des citoyens au sens précis du mot et être, en principe et jusqu'à une époque récente, seulement des nationaux. Ils peuvent aussi être des contribuables locaux, ce qui a un impact sur le plan contentieux. Ils peuvent être des administrés, par exemple en tant qu'automobilistes de passage dans une commune. Ils sont aussi des usagers d'un service public pour lequel ils auront fait une démarche

2. Dans ce sens, cf la loi constitutionnelle du 2 octobre 2000 instaurant le quinquennat présidentiel.

particulière, celle de vouloir bénéficier de ce service, associée souvent au paiement d'un prix, même modeste. Ils peuvent encore plus simplement être « habitants », même si cette catégorie juridique est plus floue. Ces différentes qualités ne se superposent pas toujours et les droits des uns et des autres à participer à la vie locale ne sont pas identiques.

La place des citoyens et des administrés est double et consiste donc, désormais, à élire des organes, ce qui constitue malgré tout, le premier droit des citoyens, et à être associés, dans une mesure plus ou moins relative, à la vie locale. Dans un cas comme dans l'autre, des innovations importantes sont intervenues au cours des deux dernières décennies et ne sont pas liées nécessairement liées à la révision constitutionnelle du 28 mars 2003.

I L'élection des organes des collectivités territoriales

Afin de définir la libre administration des collectivités territoriales, l'article 72 aliéna 3 C. pose la règle selon laquelle celles-ci s'administrent librement par des conseils élus. L'élection de ces derniers a été pendant longtemps la seule condition concrète posée par la Constitution pour que la libre administration soit effective (ancien alinéa 2 de l'article 72) et il était déjà inscrit dès l'article 87 de la Constitution du 27 octobre 1946. Le principe électif est ainsi consubstantiel aux collectivités territoriales françaises et, de ce fait, la démocratie locale est, du point de vue historique, intimement liée à la libre administration. Celle-ci a souvent été perçue comme une forme de « démocratie administrative », distincte sur le plan des principes, de la démocratie politique, qui était la seule et véritable démocratie, et qui ne pouvait être conçue, dans un Etat aussi traditionnellement unitaire que la France, qu'exercée au niveau national. Mais, malgré tout, sans élection, il ne saurait y avoir de véritables collectivités territoriales. Si les organes n'étaient pas élus, les collectivités territoriales paraîtraient moins libres, c'est-à-dire moins autonomes par rapport à l'Etat : ce principe a été compris, par exemple, de cette manière par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 qui a soumis la transformation des régions en collectivités territoriales à l'élection des conseils régionaux au suffrage universel direct (art 59 et 60 de la loi³). Ce principe de l'élection permet aussi de distinguer les collectivités territoriales des

3. L'article 60 était ainsi rédigé : "Toutefois, jusqu'à la première réunion des conseils régionaux élus au suffrage universel dans des conditions qui seront déterminées par une loi ultérieure, les régions demeurent des établissements publics..." .

établissements de coopération intercommunale dont les organes ne sont pas élus au suffrage universel direct.

Cette élection permet de désigner des organes qui agissent et représentent la collectivité territoriale. Elle a changé considérablement de nature au fil des décennies. Le principe même de l'élection a été acquis lentement au XIX^{ème} siècle, au suffrage censitaire d'abord, puis au suffrage universel en 1848, ce suffrage étant consacré aussi bien au niveau national que local, mais limité aux hommes. Il faudra attendre l'ordonnance du 21 avril 1944 portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération pour que le droit de vote soit accordé aux femmes, pour toutes les élections se déroulant au suffrage universel, et les premières élections auxquelles les femmes participèrent furent les élections municipales de 1945. L'élection des organes locaux est toujours restée en France une question très sensible comme en témoigne la suspension du principe électif pendant le régime de Vichy à partir des lois du 12 octobre et du 16 novembre 1940, relatives respectivement aux conseils généraux et d'arrondissement et aux conseils municipaux⁴.

Au départ élections de simples administrateurs, elles sont devenues des élections politiques, non pas seulement du point de vue de la science politique, mais aussi du point de vue du droit car leur sont applicables des principes de valeur constitutionnelle. Ces élections permettent de dissocier, partiellement, citoyenneté et nationalité, ce qui n'est pas possible, à l'heure actuelle, au niveau national.

A. Des élections politiques au suffrage universel

Les élections « locales » se font au suffrage universel, direct ou indirect. Les élections locales sont devenues des élections politiques. Les citoyens locaux sont de plus en plus distincts des citoyens nationaux quant à leur définition et quant à leurs droits.

I. Des élections au suffrage universel

Il est nécessaire de dissocier les organes délibérants et les organes exécutifs. Il suffit de rappeler sur ce sujet bien connu les éléments essen-

4. Sur ce sujet, voir M. Verpeaux, *Le Juif « non citoyen », Le droit antisémite de Vichy*, coll Le genre humain, Seuil, 1996

tiels. Deux différences de rédaction séparent, sur ce sujet, la Constitution de 1958 et celle du 27 octobre 1946. L'article 72 alinéa 3C reprend néanmoins l'essentiel de l'article 87 alinéa 1er de la Constitution du 27 octobre 1946 qui disposait que « Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel direct ». Le texte de 1958 ne prévoit plus l'élection de l'organe délibérant au suffrage universel direct : cette mention est apparue superflue aux yeux des rédacteurs de la Constitution, car son article 3 alinéa 3 prévoit déjà que « le suffrage est toujours universel, égal et secret » et parce que ces caractéristiques devaient s'appliquer à toutes les élections, y compris locales⁵.

Ce même article 3 précise cependant que le suffrage peut être direct ou indirect. L'élection de ces organes délibérants pourrait alors se faire au suffrage universel indirect, notamment pour les collectivités les plus vastes d'un point de vue territorial, comme les régions, à moins de considérer qu'une élection de ce type serait contraire au principe de libre administration, sur le plan politique à défaut de l'être sur un plan constitutionnel. A. Roux suggère néanmoins de considérer cette règle comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République car elle existe depuis la Révolution⁶. Sa remise en cause serait ainsi impossible. En tout état de cause, à l'heure actuelle, les organes délibérants des collectivités territoriales sont élus au suffrage universel direct.

La seconde différence entre le texte de 1946 et celui de 1958 intéresse l'élection des organes exécutifs qui sont uniques, sauf l'exception de la Corse et de la Polynésie française et de la Nouvelle-Calédonie. L'article 87 alinéa 2 de la Constitution de 1946 disposait que « l'exécution des décisions de ces conseils est assurée par leur maire ou leur président », ce qui sous-entendait que toutes les collectivités territoriales auraient été gérées par un organe élu. Cette disposition n' a jamais été traduite dans une loi et elle a été abandonnée en 1958. Le 10 juillet 1958, le projet de texte constitutionnel était rédigé ainsi : « les collectivités territoriales s'administrent librement par des autorités élues » Cette disposition a été très vite, dès le 16 juillet, remplacée par la formule « par des "conseils élus" ».

5. Un amendement avait été déposé devant le Comité consultatif constitutionnel en 1958 visant à réintroduire le texte de 1946 sur ce point. Accepté par le Comité consultatif, il fut rejeté par le Gouvernement parce que redondant avec le futur article 3.

6. A Roux, *Droit constitutionnel local*, op. cit. p. 18.

Devant le Comité consultatif constitutionnel, un amendement fut déposé en 1958 afin de réintroduire le texte de 1946⁷. Il fut rejeté parce que cette disposition pouvait résulter d'une loi ordinaire et qu'elle évoquait l'échec du projet de loi de 1947. L'article 72 réserve donc l'élection aux seuls conseils. Constitutionnellement, l'organe exécutif peut donc être nommé, ce qui était le cas du préfet avant 1982, ou élu, ce qui est désormais le cas du président du conseil général depuis 1982. Le Conseil constitutionnel a, dans sa décision 85-196 DC du 8 août 1985, estimé que ni le principe de libre administration ni le principe d'égalité n'étaient méconnus par le rôle d'organe exécutif confié au Haut commissaire qui était en même temps le représentant de l'Etat dans le cadre de la loi de cette époque (consid II).

Mais cette élection, même indirecte, s'est imposée progressivement comme une condition essentielle de la libre administration depuis 1982. Elle était présentée, au XIX^{ème} siècle, comme une victoire de la décentralisation et de la démocratie, contre les régimes autoritaires, notamment napoléoniens. Cette élection fut acquise tardivement pour les communes, par la loi du 28 mars 1882, elle fut discutée pour les départements en 1871 et en 1946. Cette différence permettait d'opposer la commune au département. Au moins sur le fondement de la loi de 1882, il serait possible d'invoquer l'existence d'un véritable principe fondamental reconnu par les lois de la République dans ce sens.

Lorsque l'élection de l'organe exécutif existe, ce qui est désormais réalisé dans quasiment toutes les collectivités, elle se fait au suffrage universel indirect, car ceux-ci sont toujours élus par les organes délibérants et, dans la plupart des cas, parmi ces derniers, même en Corse (art L. 4422-14 CGCT). Certaines collectivités spécifiques n'ont pas connu pendant longtemps cette situation, comme Mayotte où le représentant de l'Etat préparait et exécutait les délibérations du conseil général, jusqu'aux élections cantonales de mars 2004 (art 29 de la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001 relative à Mayotte). Seules les îles Wallis-et-Futuna connaissent un organe exécutif nommé en la personne de l'administrateur supérieur, à la fois représentant de l'Etat et organe exécutif du territoire⁸. On laissera de côté

7. Il fut déposé par M. Gilbert-Jules, le 12 août 1958, Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958, La Documentation, française, tome II, p.440

8. Loi n°61-814 du 29 juillet 1961, conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer, même après modification par la loi du 21 février 2007

le régime des Terres australes et antarctiques françaises (T.A.A.F.) pour lesquels les électeurs sont difficiles à trouver. En Polynésie française, le gouvernement est composé d'un président, élu par l'Assemblée territoriale parmi les conseillers territoriaux et de ministres nommés et révoqués par lui (art 69 et 73 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française). L'exécutif de Nouvelle-Calédonie est le gouvernement collégial, élu par le Congrès et responsable devant lui (art 108 et suivants de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie). Mais ses membres ne sont pas nécessairement issus du Congrès.

La France n'a pas fait le choix d'organes exécutifs élus directement par les électeurs, à la différence d'autres pays et à la différence de la très courte période inaugurée par la loi du 14 décembre 1789 relative à la constitution des municipalités. Il n'y a ainsi pas de séparation quant à l'origine des organes et le régime est, de ce point de vue, plus « parlementaire » que « présidentiel », si cette comparaison avec les régimes politiques classiques est possible.

2. Les élections locales, élections politiques

Même limitées constitutionnellement aux organes délibérants des collectivités territoriales, ces élections doivent être considérées comme des élections politiques. Cette affirmation est, en réalité, récente.

Pendant longtemps, les élections locales ont été considérées comme des élections purement administratives, reflétant la nature seulement administrative des collectivités territoriales. Elles désignent en effet, selon cette conception, des administrateurs chargés de gérer une collectivité administrative et le contentieux électoral est confié au juge administratif et non au Conseil constitutionnel, à la différence des élections et votations nationales, comme le prévoient les articles 58 à 60 de la Constitution. Dans ce sens, l'article 60, modifié par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, puis par celle du 1^{er} mars 2005 modifiant le titre XV de la Constitution, a encore renforcé cette différence en ne confiant au Conseil constitutionnel que la connaissance des opérations référendaires des articles 11 et 89 ainsi que des référendums susceptibles d'être organisés sur le fondement de l'article 88-5, ce qui exclut toutes les consultations locales. La différence de niveau des élections et des référendums est traduite, sur le plan du contentieux, par l'attribution de celui-ci à des juridictions différentes.

Alors même que les élections locales ont été depuis longtemps (depuis toujours ?) été utilisées comme des armes politiques dans un enjeu national, test pour l'opposition ou volonté de redonner une légitimité pour le gouvernement en place, ce n'est que de manière récente que le Conseil constitutionnel a été amené à considérer que les élections locales étaient, sur le plan juridique, des élections politiques. Saisi de la loi sur les élections municipales en 1982 (loi n° 82-974 du 19 novembre 1982), mais sur d'autres moyens, il s'est saisi d'office de la constitutionnalité de la disposition selon laquelle « les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75% de candidats de même sexe », ce qui était un moyen de forcer les partis politiques à présenter des femmes sur les listes de candidats aux élections municipales, dans une proportion d'au moins 25%. Dans sa décision 82-146 DC du 18 novembre 1982 dite "Quotas par sexe", le Conseil a invoqué les articles 3 de la Constitution et 6 de la Déclaration des droits pour censurer cette disposition : sur ces fondements, la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et d'éligibilité à toute personne qui n'en est pas exclue pour des raisons d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour des raisons tendant à protéger la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu. Ces principes s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles et "il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux" (consid 7).

Ce principe est bien sûr applicable à toutes les élections locales, et pas seulement aux élections municipales. Il contredit l'appréciation antérieure quant à la nature des élections locales. Quelle est sa justification? Elle a été apportée en trois étapes.

La première étape est précisément la décision 82-146 DC qui ne fournit aucune explication. La doctrine a opposé cette solution à celle applicable en matière de désignation de représentants des travailleurs aux caisses de Sécurité sociale ou aux élections universitaires, ou aux conseils de prud'hommes (pour ce dernier cas, la solution est implicite, dans la décision 78-101 DC du 17 janvier 1979 Loi portant modification des dispositions du titre I^{er} du Livre V du code du travail relatives aux conseils de prudhommes) : pour ces dernières élections, les électeurs ou les éligibles ne se présentent pas seulement en tant que citoyens, ils ont une qualité supplémentaire, celle de travailleur, d'assuré social ou d'étudiant. Dans ce cas, l'article 3 de la Constitution ne s'applique pas. Pour ces élections, l'électeur est en quelque sorte « situé », pour reprendre l'expression de Georges Burdeau, alors que le citoyen n'est que membre du corps poli-

tique. A la recherche d'un argument juridique, une partie de la doctrine a alors suggéré le lien entre les élections locales et les élections sénatoriales.

C'est ce qu'indiquait, implicitement, la décision 87-227 DC du 7 juillet 1987 relative au régime électoral de la ville de Marseille (consid 4) et qui constitue la deuxième étape: le Conseil constitutionnel, sans en tirer un raisonnement très construit, et à propos d'une disposition qui ne concernait pas la définition du citoyen, cite ensemble les articles 72, 24 al. 3 de la Constitution et l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789. Fallait-il alors considérer qu'il existait un lien entre élections locales et élections sénatoriales, comme le suggérait la doctrine ?

La troisième étape se trouve dans la décision 92-308 DC du 9 avril 1992, Traité sur l'Union européenne, dite Maastricht-I. Le Conseil fait référence successivement aux articles 3, 24 alinéa 3 et 72 de la Constitution et déclare que « la désignation des conseillers municipaux a une incidence sur l'élection des sénateurs...et que le Sénat participe à l'exercice de la souveraineté nationale... (ce qui implique que) seuls les nationaux français ont le droit de vote et d'éligibilité aux élections effectuées pour la désignation de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République et notamment pour celle des conseils municipaux et des membres du Conseil de Paris » (consid 26). Sans se prononcer ici expressément sur le caractère politique des élections locales, le Conseil fournit une explication de ce caractère : c'est parce que les élections locales désignent des membres du collège électoral des sénateurs, qui sont eux-mêmes des représentants du peuple français, que les élections locales sont soumises aux mêmes règles constitutionnelles que les élections politiques nationales, notamment la condition de nationalité de l'article 3. Il y a ainsi une connexion entre les élections sénatoriales et les élections municipales, et plus largement locales, qui ne sont donc pas politiques « par elles-mêmes », mais indirectement. Ce n'est donc qu'indirectement que les élections locales sont des élections politiques, alors qu'elles font participer, avant tout, des citoyens.

Ce raisonnement implique, de manière brutale que, si les collèges électoraux chargés d'élire les sénateurs n'étaient plus composés d'élus locaux, les élections locales ne seraient plus considérées comme des élections politiques, ce qui serait peu admissible compte tenu de la place acquise par les collectivités territoriales dans la vie publique et de la participation

d'électeurs ayant cette seule qualité pour participer à l'élection. En outre, l'article 3 alinéa 4C. aurait pu recevoir une interprétation différente de celle retenue par le Conseil constitutionnel en 1992 car il ne dispose pas que « seuls les nationaux français disposent du droit de vote », mais constate seulement que « sont électeurs les nationaux français » ce qui pouvait ne pas signifier une exclusion à l'égard des étrangers. Mais le Conseil constitutionnel l'a comprise dans un sens restrictif.

L'octroi du droit de vote aux ressortissants de l'Union européenne a eu pour effet indirect de relancer le débat relatif au droit de vote des étrangers non communautaires, principalement pour les élections locales, au premier rang desquelles figurent les élections municipales. Ce droit, prévu dans le programme électoral de certains candidats ou partis, n'a jamais pu être inscrit en droit positif. La question est politiquement plus sensible que pour les ressortissants européens et intéresse d'ailleurs plus d'électeurs potentiels que l'ouverture aux citoyens de l'Union.

Il est à noter que le Conseil constitutionnel a, dans sa décision 98-407 DC du 14 janvier 1999 (Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux), repris sa jurisprudence de 1982, en faisant expressément référence aux « motifs énoncés dans la décision susvisée-dans les visas-du 18 novembre 1982 », pour censurer l'introduction de la parité par sexe sur les listes de candidats aux élections régionales, mais sans se prononcer sur le caractère politique de ces élections. C'est pour briser cette jurisprudence constitutionnelle qu'est intervenue la loi constitutionnelle 99-569 du 8 juillet 1999 favorisant l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives. L'introduction de la parité en matière électorale contribue à opérer des distinctions au sein des électeurs ou des éligibles et ne plus les considérer comme des entités abstraites.

B. De l'abstraction à la segmentation du corps électoral

Pendant très longtemps les citoyens étaient indifférenciés, qu'ils soient appelés à élire des autorités politiques nationales (président de la République, députés ou, indirectement, les sénateurs), à participer à des référendums nationaux, ou à désigner des administrateurs locaux au sein des collectivités territoriales. En témoignait l'existence d'une liste électorale unique, destinée à être utilisée dans chacune de ces occasions. Cette uni-

cité, qui reflète indirectement aussi l'unité du corps électoral et celle du peuple français, a connu, de manière récente, des atteintes. Les causes et les manifestations de cette diversification et de cette forme de segmentation, sont diverses : elles tiennent à des causes européennes (la consécration de la citoyenneté européenne) ou locales (la situation politique en Nouvelle-Calédonie).

I. Citoyens nationaux et citoyens européens

Celles-ci ont été introduites, dans un premier temps, du fait de l'ouverture du droit de vote aux ressortissants des pays de l'Union européenne autres que la France par le Traité du 7 février 1992, pour les élections au Parlement européen et pour les élections municipales. La loi né 94-104 du 5 février 1994 modifiant la loi n 77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen, qui dispose que « Les ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne autre que la France résidant sur le territoire français peuvent participer à l'élection des représentants de la France au Parlement européen dans les mêmes conditions que les électeurs français, sous réserve des modalités particulières prévues, en ce qui les concerne, par la présente loi » (art 2-1 de la loi de 1977 modifiée), a néanmoins prévu que ces personnes, pour exercer leur droit de vote, doivent «  tre inscrites, à leur demande, sur une liste électorale complémentaire. Elles peuvent demander leur inscription si elles jouissent de leur capacité électorale dans leur Etat d'origine et si elles remplissent les conditions légales autres que la nationalité pour être électeurs et être inscrites sur une liste électorale en France » (art 2-2 de la même loi).

Le chemin était alors tracé après la décision 308 DC du 9 avril 1992 précitée relative au traité de Maastricht qui a accordé la citoyenneté de l'Union aux ressortissants de l'Union et leur a reconnu ainsi un droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'Etat membre où ils résident, pour les élections municipales. Afin de contourner cet obstacle constitutionnel, la loi constitutionnelle né 92-554 du 25 juin 1992 a introduit un article 88-3 qui est une dérogation implicite à l'article 3, complété lui-même par la loi organique né 98-404 du 25 mai 1998, adoptée avec un certain retard et dans les mêmes termes par les deux assemblées, qui détermine les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution. Il s'agit d'une révision-adjonction car le principe du lien entre nationalité et

citoyenneté posé à l'article 3 n'a pas été modifié. Le nouvel article 88-3 se contente d'être ajouté « à côté » et par dérogation au principe général.

Cette loi organique a introduit dans le code électoral les articles L.O. 227-1 et suivants, dont l'article L.O. 227-2 qui dispose que « Pour exercer leur droit de vote, les personnes visées à l'article LO 227-1 doivent être inscrites, à leur demande, sur une liste électorale complémentaire ». Ces électeurs peuvent « demander leur inscription si elles jouissent de leur capacité électorale dans leur Etat d'origine et si elles remplissent les conditions légales autres que la nationalité française pour être électeurs et être inscrites sur une liste électorale en France » (al 2 du même article L.O. 227-2). Pour bien montrer que ces électeurs ne sont pas tout à fait comme les électeurs français, l'article L.O. 227-3 prévoit que cette liste électorale complémentaire mentionne « la nationalité des personnes qui y figurent ».

Une autre manifestation du caractère « exceptionnel » de la reconnaissance du droit de vote à des non-nationaux se trouve dans l'interdiction, inscrite à l'article 88-3, mais admise au niveau de l'Union européenne, faite aux ressortissants européens qui seraient élus conseillers municipaux de participer de quelque manière que ce soit aux collèges électoraux chargés d'élire les sénateurs. Cette réserve a été traduite dans la loi organique.

2. La limitation du droit de vote en Nouvelle-Calédonie

L'évolution de la situation de la Nouvelle-Calédonie a donné à la distinction entre citoyens nationaux et citoyens locaux une autre dimension en créant une véritable citoyenneté néo-calédonienne. A la suite de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, et des articles 76 et 77 de la Constitution, la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie a restreint le droit de vote, pour les élections au Congrès et aux assemblées de province, mais pas pour les élections municipales⁹. Derrière l'aspect technique du texte, ce n'est ni plus ni moins que la reconnaissance d'une citoyenneté propre à la Nouvelle-Calédonie qui est en cause. L'accord de Nouméa, à la suite des accords de Matignon, qui avaient accepté l'idée selon laquelle seules les « populations intéressées »¹⁰ seraient autorisés à

9. Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie n° 99-209 du 19 mars 1999, J.O du 21 mars 1999 p. 4197

10. C'est-à-dire celles qui justifient d'une implantation ancienne et solide, selon le mot de Jean-Jacques Hyest rapporteur de la commission des lois au Sénat de la loi du 23 février 2007

se prononcer lors des scrutins déterminants pour l'avenir de la Nouvelle-Calédonie, a consacré le principe d'une restriction du corps électoral.

La révision du 23 février 2007 vient de modifier l'article 77 de la Constitution¹¹. Elle ajoute un nouvel alinéa ainsi rédigé « Pour la définition du corps électoral appelé à élire les membres des assemblées délibérantes de la Nouvelle-Calédonie et des provinces, le tableau auquel se réfèrent l'accord mentionné à l'article 76 et les articles 188 et 189 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie est le tableau dressé à l'occasion du scrutin prévu audit article 76 et comprenant les personnes non admises à y participer »¹². Cette rédaction, pour le moins assez peu intelligible de prime abord, a néanmoins retenu l'attention du monde politique et elle a suscité des critiques virulentes de la part de certains membres de la doctrine¹³.

Le législateur organique a défini trois listes électorales distinctes, à partir de l'article 77 C. La première correspond aux scrutins européens, nationaux et municipaux, le principe étant que tous les citoyens français inscrits sur les listes électorales de droit commun en Nouvelle-Calédonie peuvent participer aux référendums nationaux, à l'élection présidentielle et aux élections législatives. La deuxième liste concerne la ou les consultations sur l'accession à la pleine souveraineté, comprenant notamment les personnes qui ont pu participer à la consultation du 8 novembre 1998, c'est-à-dire celles qui étaient déjà installées à cette date depuis dix ans dans l'archipel, ainsi que les personnes justifiant d'une durée de vingt ans de domicile en Nouvelle-Calédonie¹⁴. Étaient admises à participer au scrutin du 8 novembre 1998, selon l'alinéa 2 de cet article 76, les personnes remplissant les conditions fixées à l'article 2 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988¹⁵.

11. Loi constitutionnelle n° 2007-237 du 23 février 2007 modifiant l'article 77 de la Constitution, J.O. du 24 février 2007, p. 3354

12. Les travaux de la commission des lois du Sénat ont montré qu'il existait un lien, au fond, entre cette jurisprudence et le projet de loi constitutionnelle, certains parlementaires voulaient inscrire à l'article 72-3 que la Nouvelle-Calédonie est une collectivité territoriale de la République (séance du mardi 16 janvier 2007)

13. O. Gohin JCPA, La Nouvelle-calédonie à l'épreuve d'un suffrage toujours plus restreint, n° 52 du 26 décembre 2006, p. 1695

14. La consultation du 8 novembre 1998 est celle, prévue à l'article 76 de la Constitution, par laquelle l'accord de Nouméa a été approuvé par les « populations de Nouvelle-Calédonie ».

15. Loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998, J.O. d 10 novembre 1988, p. 14087. Cette

La troisième liste électorale, dite « spéciale », intéresse les élections au congrès et aux assemblées de province, comprenant, aux termes de l'article 188 de la loi organique, tout d'abord, les personnes remplissant les conditions pour participer à la consultation du 8 novembre 1998, ensuite les personnes inscrites sur le tableau annexe et domiciliées depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection, et enfin, les personnes ayant atteint la majorité après le 31 octobre 1998 et qui, soit justifient de dix ans de domicile en Nouvelle-Calédonie en 1998, soit ont un parent qui était électeur à la consultation de 1998, soit un parent inscrit au tableau annexe. Ce dernier contient donc la liste des personnes satisfaisant aux conditions générales pour être électeurs mais ne remplissant pas les conditions particulières pour participer au scrutin considéré.

La « cristallisation du corps électoral » va entraîner une diminution du nombre d'électeurs admis à participer aux élections provinciales à compter de 2009. Cette réduction portera sur 712 électeurs lors du scrutin de 2009 et sur 4722 électeurs lors du scrutin de 2014. Compte tenu aussi des projections opérées, ce seront environ 8350 électeurs arrivés en Nouvelle-Calédonie entre 1999 et 2009 qui ne pourront pas participer aux élections provinciales de 2019. Ce sont moins de 10 000 électeurs français perdus aux antipodes qui seraient ainsi « oubliés »¹⁶. Il faut préciser que ce gel concernera principalement la province sud où se trouvent la plupart des citoyens français récemment arrivés en Nouvelle-Calédonie...

Argument sans doute décisif, ce gel ne devrait être que provisoire, le résultat des consultations de 2014-2018 rendant caduc ce gel, quel que soit le sens du vote des électeurs. Ou bien, en effet, une nouvelle définition de la citoyenneté néo-calédonienne devra être opérée, dans le cadre de l'accession du territoire à la pleine souveraineté, ou bien une nouvelle

loi a été adoptée par un référendum organisé au titre de l'article 11 de la Constitution. Après que l'alinéa 1^{er} de l'article 2 eut posé le principe d'une consultation d'autodétermination sur le maintien ou non du territoire dans la République entre le 1^{er} mars 1998 et le 31 décembre 1998, l'alinéa 2 précisait : « Seront admis à participer à ce scrutin les électeurs inscrits sur les listes électorales du territoire à la date de cette consultation et qui y ont leur domicile depuis la date du référendum approuvant la présente loi » (i.e. le 6 novembre 1988).

16. Pour des chiffres précis sur le nombre d'électeurs arrivés en Nouvelle-Calédonie après le 8 novembre 1998 et non admis à participer aux scrutins provinciaux, voir le rapport au nom de la commission des lois du Sénat, p. 31

organisation de la collectivité, en cas de réponse négative sur cette pleine souveraineté, sera nécessairement entreprise, ce qui comprendra une nouvelle définition de cette citoyenneté.

On peut remarquer qu'une telle dissociation entre électeurs nationaux et électeurs locaux n'a pas été consacrée dans l'article 74 nouveau, pour les collectivités dotées de l'autonomie, et notamment pas pour la Polynésie française dotée par la loi organique du 27 février 2004, d'un large statut d'autonomie.

Est ainsi consacrée, de manière ponctuelle et pour des raisons totalement opposées, d'ouverture dans un cas, de fermeture dans l'autre, une dissociation au sein des listes électorales qui fait du corps électoral, pour certaines élections locales, un ensemble à géométrie variable.

II. La place des citoyens dans le fonctionnement des collectivités territoriales

Les citoyens ou, selon les cas, les administrés, ont souvent été présentés comme les grands oubliés des lois de décentralisation des dix premières années. L'on a beaucoup parlé de confiscation de leurs prérogatives, considérées comme normales dans une démocratie, même locale, au profit des élus. On peut néanmoins se demander pourquoi l'échelon local implique de manière privilégiée une participation des citoyens-administrés à la vie publique, alors que celle-ci est moins ressentie comme une nécessité au niveau national. Outre des considérations concrètes évidentes tenant à la taille humaine des collectivités territoriales, domine sans doute l'idée selon laquelle la démocratie locale doit être aussi directe pour être plus réelle, sur le modèle des cités athéniennes et de certains cantons suisses.

Comme cela a été rappelé, il a fallu attendre la loi du 6 février 1992 puis la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, pour que ceux-ci fassent réellement leur entrée dans l'administration locale. Cette prise en compte des administrés restait assez timide dans la loi de 1992 et se manifestait surtout par la consultation des électeurs sur des questions relevant de la compétence des seules autorités communales. Il n'existait aucune procédure, malgré quelques tentatives, de démocratie participative ou directe au niveau départemental ou régional. Le cadre trop vaste de ces collectivités se prêtait mal, estimait-on, à ces manifestations nouvelles

de participation des citoyens à la vie locale. Ces lois ont également inséré des dispositions nouvelles relatives à la participation à la gestion des collectivités territoriales.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a apporté deux innovations importantes quant à la place des citoyens au sein des collectivités territoriales. Elle a tout d'abord inscrit de nouveaux droits, comme celui de pétition, à l'article 72-1 alinéa 1^{er} C., c'est-à-dire celui des électeurs de chaque collectivité, de « demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence ». Ces électeurs n'auront que le droit de « demander » et non pas celui « d'obtenir », comme cela avait été envisagé. Une loi, ordinaire, prévue par ce même article, doit fixer les conditions et les modalités de ce droit, notamment le nombre ou le pourcentage nécessaires d'électeurs requis pour que la pétition puisse être recevable, et la date de l'inscription de cette question à l'ordre du jour, car la Constitution s'est bien gardée de préciser que ce serait lors de la plus proche séance de l'assemblée délibérante. Cette loi n'a pas encore été adoptée pour la métropole. En revanche, cette procédure a été introduite dans les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution par la loi organique du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer (pour Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon) après l'avoir été en Polynésie française par la loi organique du 27 février 2004.

La loi constitutionnelle de 2003 a, surtout, introduit en droit français, le référendum décisionnel à tous les niveaux de collectivités territoriales, à l'alinéa 2 de ce même article 72-1. La même loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a également prévu des mécanismes de consultation des électeurs, soit pour solliciter leur avis dans l'hypothèse de création d'une collectivité territoriale à statut particulier, à l'article 72-1 alinéa 3, soit pour recueillir leur consentement avant un changement de statut pour les collectivités situées outre-mer, comme le prévoit l'article 72-4. Ces procédures ont connu des applications diverses

Les citoyens peuvent ainsi participer, de différente manière, à la gestion locale, sans qu'il soit possible d'énumérer toutes les initiatives qui ont pu se développer de manière locale. Ils peuvent aussi participer, plus ou moins directement, aux décisions jusqu'à en être les auteurs.

A. La participation des citoyens à la gestion locale

La loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité avait pour objet premier l'approfondissement de la démocratie locale, qui permet aux habitants d'être mieux associés à la vie locale¹⁷. Ces habitants sont des citoyens qui peuvent être, selon les cas, aussi des administrés ou des usagers des services publics.

Selon les différentes dispositions applicables, ce sont tantôt l'une, tantôt l'autre de ces catégories qui sont concernées par les droits reconnus. La proximité de la gestion municipale et certaines dispositions relatives à l'information des administrés et à la participation, modeste, à la gestion des services publics ou de la vie locale constituent les principales modalités de participation, en dehors des hypothèses de consultation. La première n'intéresse que les communes, mais pas toutes, la seconde est réservée, sauf les dispositions relatives à l'affichage des actes administratifs, aux grandes collectivités les plus importantes, ce qui accentue le clivage entre les grandes et les petites collectivités territoriales.

I. La déconcentration de la démocratie locale

Pendant longtemps, les quartiers n'ont bénéficié d'aucune reconnaissance juridique. Ils occupent une place centrale dans la loi du 27 février 2002. L'administration municipale se rapproche officiellement des quartiers, par la création des conseils de quartier, dont les modalités de fonctionnement sont laissées, pour l'essentiel, aux conseils municipaux.

Les conseils de quartier ne sont obligatoires que dans les communes de plus de 80 000 habitants, afin de ne pas rendre obligatoires des institutions trop contraignantes pour les communes d'une taille jugée insuffisante. Dans un souci de compromis, l'article L. 2143-1 al 5 autorise les communes dont la population est comprise entre 20 000 et 79 999 habitants à appliquer les dispositions du chapitre consacré à la participation des habitants, ce qui est une manière de satisfaire un éventuel souci de démocratie de proximité dans ces communes, tout en laissant à ces communes

17. Cette loi a été inspirée par le rapport de la Commission pour l'avenir de la décentralisation présidée par l'ancien Premier ministre Pierre Mauroy, même si toutes les propositions qu'il contient n'ont pas été reprises dans la loi. Refonder l'action publique locale, Rapport de la Commission pour l'avenir de la décentralisation présidée par M. Pierre Mauroy, La documentation française, 2000.

la liberté de décider. Quarante-neuf communes sont concernées par le seuil retenu de 80 000 habitants, mais elles représentent plus de sept millions d'habitants, compte tenu de la pyramide des communes françaises, sans comprendre Paris, Marseille et Lyon qui connaissent, avec les arrondissements, une structure qui se rapproche de celle des quartiers.

Pour constituer ces conseils de quartier, il est nécessaire que le conseil municipal fixe le périmètre de chacun des quartiers constituant la commune (art L. 2143-1 nouveau), ce qui n'est pas obligatoirement une opération nouvelle, ceux-ci existant déjà dans la réalité sociologique des communes ou même politiques, lorsque certains quartiers correspondent à des cantons ou à des parties de cantons.

Comme il revient aux communes de fixer le périmètre de « chacun des quartiers », l'article L. 2143-1 alinéa 2 leur laisse aussi la liberté d'en déterminer le nombre et le découpage territorial, la seule limite étant qu'il y ait plus d'un quartier dans une commune.

A Paris, Marseille et Lyon, ce sont les conseils d'arrondissement qui fixent le périmètre des quartiers constituant la commune. Un arrondissement ne se limite donc pas à un seul quartier et les dispositions de l'article L. 2143-1 sur les conseils de quartier sont applicables au conseil d'arrondissement (art.L. 2155-10-1-II créé par la loi susvisée).

De la même manière, c'est le conseil municipal qui sera amené à fixer la dénomination, la composition et les modalités de fonctionnement des conseils de quartier (art L. 2143-1, al 2). A Paris, Marseille et Lyon, ce sont les conseils d'arrondissement qui créent pour chaque quartier un conseil (art L. 2511-10-1-II). Sont ainsi créés trois niveaux de gestion et de concertation : la commune, l'arrondissement, le quartier. Cette recherche de la proximité à tout prix fait réfléchir les adeptes des grandes structures intercommunales éloignées des préoccupations quotidiennes des administrés. Une assez large place est laissée à la libre administration des communes. On constate seulement qu'il n'y a pas d'élection des membres de ces conseils imposée par la loi, et ces derniers ne peuvent être considérés à l'égal des conseils d'arrondissement composés d'élus au suffrage universel direct (art L.2511-1). Encore moins peut-on estimer que les quartiers constituent, dans le droit français actuel du moins, des collectivités territoriales d'un nouveau type. Par ailleurs, ces démembrements de la commune ne portent pas atteinte à l'unité juridique communale. Il s'agit tout au plus d'une forme de déconcentration de la gestion municipale, qui se pratiquait

déjà dans certaines communes, par exemple à Lille, mais qui pourrait être le prélude, dans le cadre d'une vaste- et lointaine- recomposition des territoires, à la disparition de certaines grandes communes, aspirées par le haut vers des communautés urbaines ou communautés d'agglomération, et rapprochées des citoyens ou des administrés, vers le bas, par la reconnaissance institutionnelle des quartiers, au nom d'un contrepois démocratique.

S'agissant des compétences de ces conseils, ces derniers ont surtout un rôle consultatif à la demande du maire ou de proposition au maire sur toute question « intéressant le quartier ou la ville ». De façon plus active, ils peuvent être associés à la définition et à l'évaluation des actions menées au titre des politiques de la ville. Plus curieuse est la règle prévoyant que les conseils de quartier pourront disposer d'un local et de crédits nécessaires à leur fonctionnement si le conseil municipal en décide ainsi, car on ne voit pas comment ils pourront faire sans ces derniers (alinéa 4 de l'article L. 2143-1). Mais la précision s'avérerait sans doute nécessaire pour inciter les éventuelles communes réticentes à le faire. La liberté laissée aux communes est grande, notamment quant au montant de ces crédits.

2. La démocratie par l'information et la participation

La démocratie de proximité peut prévoir d'autres voies que le simple rapprochement de l'administration vers les administrés. L'information en est une. L'amélioration du fonctionnement d'organes consultatifs ou participatifs en est une autre.

La loi du 6 février 1992, dite A.T.R., avait déjà introduit des organes placés à côté des institutions publiques des collectivités territoriales. Il n'y a rien de surprenant à ce que, dix ans après, certaines améliorations aient été apportées par la loi du 27 février 2002. Certaines ne concernent que les communes. D'autres ont été étendues au profit des collectivités les plus importantes.

a) Les comités consultatifs sur les problèmes d'intérêt communal

La loi du 6 février 1992 avait légalisé la possibilité de créer des « comités consultatifs sur tout problème d'intérêt communal concernant tout ou partie du territoire de la commune » (codifiée à l'article L. 2143-2). Ces

comités sont ce que la pratique appelait parfois des commissions extra-municipales parce qu'elles peuvent comprendre des membres du conseil municipal et des personnes extérieures à celui-ci. C'est sur cette base juridique qu'ont été constitués des conseils municipaux de jeunes ou des conseils des anciens dans certaines communes. Le nombre des membres extérieurs au conseil municipal n'est en effet pas fixé puisque ces comités comprennent « des personnes qui peuvent ne pas appartenir au conseil, notamment des représentants des associations locales » (ibidem).

La loi du 27 février 2002 qui précise que « Sur proposition du maire, il en fixe la composition pour une durée qui ne peut excéder celle du mandat municipal en cours » (art L. 2143-2 al 2 nouveau). Cette disposition est une mesure de simplification qui évite de renouveler la composition chaque année, au risque d'ailleurs, pour les autorités municipales, d'être contraintes de désigner les mêmes personnes, ou du moins les représentants des mêmes associations, le « vivier » n'étant pas indéfini, surtout dans les petites communes. La nouvelle mesure est destinée à assurer une certaine permanence de ces comités et à donner l'habitude à ces personnes extérieures au conseil de travailler avec les élus. En même temps, une limite est fixée par la disposition nouvelle : il s'agit d'éviter, précisément parce que ces organes ne sont pas seulement composés d'élus, qu'ils puissent se maintenir au-delà de la durée légale du mandat municipal, c'est-à-dire six ans, ses membres se sentant en quelque sorte investis d'un mandat indéfini et d'une représentation de droit. Il faut laisser à chaque équipe municipale le soin de fixer cette composition.

b) L'association des administrés à la gestion des services publics

La démocratie de participation ne se limite pas à celle des quartiers. Elle passe aussi par un plus grand investissement des administrés dans la gestion des services publics. La loi du 27 février 2002 oblige ainsi les collectivités territoriales les plus importantes- régions, départements, communes de plus de 10.000 habitants, établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50.000 habitants et syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10.000 habitants- à créer une commission consultative des services publics locaux pour l'ensemble des services publics exploités en délégation ou en régie directe dotée de l'autonomie financière (art L. 1413-1 nouveau). Si la commission est

présidée par l'exécutif local, elle doit désormais comprendre des membres de l'organe délibérant désignés dans le respect de la représentation proportionnelle ainsi que des représentants des « associations locales » mais qui seront désignés par cet organe. Ces dernières peuvent donc ne pas être seulement des associations d'usagers, à la différence de l'ancienne rédaction qui prévoyait que la présence de représentants « d'associations d'usagers du ou des services concernés », ce qui laisse une plus grande souplesse, notamment dans le cas où il n'existe pas d'association d'usagers. La question de la représentativité des associations locales est cependant posée, d'autant que c'est la personne publique qui devra l'apprécier discrétionnairement. La commission peut agir de sa propre initiative, à la demande de la majorité de ses membres, pour proposer toute amélioration des services publics locaux, et elle peut être consultée par l'organe délibérant sur tout projet de délégation de service public ou de création de régie. De façon régulière, elle doit être convoquée chaque année, surtout pour examiner des rapports d'activité relatifs aux services publics les plus sensibles comme celui de l'eau potable, de l'assainissement, et celui des ordures ménagères. La loi est cependant muette sur la composition précise de ces commissions, notamment quant à la place respective des représentants de la collectivité et des associations, ce qui rend pour l'instant délicate la notion de majorité.

B. Les consultations des électeurs et les référendums locaux

Le droit le plus essentiel des citoyens, en dehors de celui d'élire des administrateurs chargés de gérer la collectivité territoriale, est celui de décider pour cette dernière. Cette forme de démocratie directe n'a jamais été développée en France, au niveau local, les élus nationaux comme locaux étant méfiants à l'égard de toute forme de démagogie locale.

Il a fallu attendre la loi du 6 février 1992 pour que la loi cherche à encadrer et, d'une certaine façon, limiter les consultations locales des électeurs¹⁸. Puis, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a fini par reconnaître un véritable référendum décisionnel, dans toutes les collectivités, et en dehors des cas de consentement ou d'avis des électeurs, lors de la création de

18. Sur le sujet, voir Carole Chevilly-Hiver, *La participation des citoyens aux décisions locales*, thèse Université de Franche-Comté, 1999.

collectivités à statut particulier ou d'évolution institutionnelle outre-mer. et la loi organique n°2003-705 relative au référendum local, prévue pour fixer les conditions d'exercice de ce droit, a été promulguée le 1^{er} août 2003. C'est enfin, à l'heure actuelle, la loi n°2004-809 du 13 août 2004, relative aux libertés et responsabilités locales, qui a étendu la possibilité d'organiser des consultations des électeurs dans les départements et les régions, rompant avec la méfiance traditionnelle à l'égard de la démocratie directe dans des collectivités importantes, mais ce qui aura aussi peut-être pour objet de « neutraliser » le recours à de vrais référendums décisionnels.

La loi du 13 août 2004 a étendu la possibilité de consulter les électeurs dans l'ensemble des collectivités et elle a même assoupli les conditions pour les consultations réalisées dans les établissements de coopération intercommunale.

En métropole et Outre-mer, des modalités spécifiques ont été mises en place par la loi constitutionnelle du 28 mars 2003.

I. Les consultations locales des électeurs

Le droit applicable à ces consultations, né de la loi du 6 février 1992 pour les seules communes, a été étendu par la loi du 13 août 2004 à tous les niveaux de collectivités territoriales.

La loi de 1992 a ainsi créé une procédure de consultation des électeurs et avait légalisé, mais encadré par là-même, des pratiques de procédure référendaire plus ou moins anciennes dans les communes. Avec cette loi, seuls les électeurs communaux inscrits, et non pas tous les administrés, et dans les conditions d'une véritable consultation électorale, étaient conduits à exprimer un avis sur une question relative à des décisions que le maire ou le conseil municipal ont la compétence de prendre. Pour être certain que les électeurs n'expriment qu'un avis et non pas une décision, le conseil municipal était amené à se prononcer après la consultation, « au vu du résultat de la consultation », mais sans qu'il y ait d'obligation dans le temps ni même de prendre une décision dans un sens ou dans l'autre.

La pratique de la consultation, aidée par la jurisprudence du Conseil d'Etat, a montré que ce procédé de démocratie directe pouvait porter sur toutes questions susceptibles d'entrer dans la compétence des autorités municipales mais qu'elle était exclue dès qu'il s'agissait de questions qui, apparemment d'intérêt local, échappent à cette compétence,

comme la construction de lignes de T.G.V. ou d'autoroutes, de politique d'immigration ou d'attribution de logements sociaux.

La loi n°95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, a organisée, de manière incidente par rapport à l'objet de la loi, la consultation à l'échelle d'un établissement de coopération intercommunale (E.P.C.I.) pour les affaires de la compétence de l'établissement en matière d'aménagement. La loi a constaté ainsi que le seul niveau communal retenu en 1992 empêchait les électeurs d'être consultés sur des affaires relatives à des compétences transférées et qui sont particulièrement importantes pour leur vie quotidienne. La loi de 1995 étendait aussi le droit d'initiative à un cinquième des électeurs inscrits, à l'échelon communal et intercommunal, mais elle fixait des conditions si draconiennes que quasiment aucune procédure d'initiative populaire n'a pu aboutir à une consultation.

De manière un peu inattendue, la loi n°2004-809 du 13 août 2004 a bouleversé une partie du droit applicable aux diverses modalités de démocratie locale directe.

En effet il était possible de penser que le « vrai » référendum de la loi de 2003 aurait pour conséquence d'occulter la procédure de consultation, précisément destinée, lors de son introduction par la loi du 6 février 1992, à ne pas instituer un vrai référendum local. Or, il n'en est rien et la loi du 13 août 2004 vient au contraire consacrer un retour en force de la consultation à tel point que l'on peut se demander si le véritable référendum aura encore une place, malgré son inscription dans le texte constitutionnel. Les consultations dont il est question dans la loi de 2004 sont celles, généralistes pourrait-on dire, susceptibles d'être utilisées sur l'ensemble du territoire français et sur des sujets les plus variés. Le processus consultatif est en effet étendu à l'ensemble des collectivités, qu'il s'agisse des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale.

Les consultations doivent être organisées à propos de « décisions » que seront amenées à prendre les autorités locales pour « régler les affaires relevant de la compétence de celles-ci ». Compte tenu de la jurisprudence administrative rendue à propos des consultations communales, il faudra supposer que ces autorités seront aussi bien les organes délibérants que les autorités exécutives.

Pour autant, la loi du 13 août 2004 fait une différence au sein des collectivités territoriales en ce qui concerne l'initiative populaire de la

consultation. L'article L.1112-16 prévoit en effet que, dans les communes, un cinquième des électeurs inscrits sur les listes électorales peut demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante l'organisation d'une consultation sur « toute affaire relevant de la décision de cette assemblée ». Dans les autres collectivités, le seuil a été fixé à un dixième, ce qui fait une proportion moindre mais sur une base plus large. Les E.P.C.I. profitent de cette ouverture de l'initiative aux électeurs car un cinquième d'entre eux peuvent demander aussi que « soit inscrite à l'ordre du jour de l'organe délibérant l'organisation d'une consultation sur une affaire relevant de sa décision ».

L'article L. 5211-49 issu de la loi du 13 août 2004, supprime dans sa nouvelle rédaction la limitation de l'objet des consultations organisées à l'échelon intercommunal puisque celles-ci, étaient uniquement cantonnées jusqu'à présent « en matière d'aménagement ». Cette limitation a été supprimée et les électeurs seront consultés sur toutes « les décisions que l'organe délibérant ou le président de cet établissement sont appelés à prendre pour régler les affaires de la compétence de l'établissement » La non-extension des référendums décisionnels aux établissements de regroupement avait été critiquée au moment de la révision constitutionnelle de 2003, ce qui fut rappelé lors des débats de la loi du 13 août C'est désormais chose faite, ce qui contribue un peu plus à rapprocher les règles applicables aux collectivités de celles qui régissent leurs établissements, du moins ceux de regroupement de communes.

De nombreux verrous sont mis dans la loi du 13 août 2004 pour garantir le caractère purement consultatif des consultations désormais offertes à tous les niveaux d'administration. Si c'est bien l'organe délibérant de la collectivité organisatrice qui arrête le principe et les modalités de la consultation, (art L.1112-17 al 1), la délibération « indique expressément que cette consultation n'est qu'une demande d'avis » (même alinéa). De même, l'article L. 1112-20, qui régit la consultation et ses suites, précise que lorsque les électeurs ont approuvé ou non le projet de délibération ou d'acte qui leur est présenté, l'autorité compétente de la collectivité « arrête sa décision sur l'affaire qui en a fait l'objet », ce qui est une manière de rappeler que les électeurs ne décident juridiquement rien.

La révision constitutionnelle de 2003 avait néanmoins, peu de temps avant l'adoption de la loi du 13 août 2004, modifié assez profondément l'état du droit, pour introduire le référendum décisionnel.

2. Le référendum décisionnel et les autres modalités de consultation

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a institué la procédure du référendum décisionnel par laquelle les électeurs sont amenés à adopter des décisions, dans les compétences attribuées aux collectivités territoriales, à la place des organes délibérants ou des organes exécutifs. Le référendum est applicable dans toutes les collectivités territoriales, régions, départements et communes de métropole et outre-mer. Il est décidé par l'organe délibérant, sur proposition de celui-ci ou de son organe exécutif, mais l'initiative des électeurs ne peut le provoquer, à la différence de la consultation étendue par la loi du 13 août 2004. La loi organique n°2003-705 du 1^{er} août 2003 relative au référendum local 1^{er} août 2003 est venue compléter la Constitution et encadrer la procédure du référendum décisionnel. Cette loi a été complétée par le décret n° 2005-433 du 4 mai 2005 pris pour son application. C'est ainsi que le projet soumis à référendum n'est adopté que si la moitié au moins des électeurs inscrits a pris part au scrutin et s'il réunit la majorité des suffrages exprimés (art L.1112-7). La première condition est destinée à éviter qu'une minorité des électeurs inscrits ne remettent en cause un acte adopté par les organes représentatifs, ce qui constitue une limite de la démocratie participative qui n'a pas son équivalent pour les référendums nationaux. Il n'est pas non plus possible d'organiser des référendums décisionnels durant des périodes électorales ou de campagne électorale (art L.O. 1112-6). Si seuls les électeurs, donc nationaux français, peuvent participer aux référendums organisés dans les départements et les régions, c'est fort logiquement que les ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, inscrits sur les listes électorales pour participer aux élections municipales, peuvent également participer à un référendum organisé par une commune (art L. 1112-11). Très peu de référendums décisionnels ont été organisés depuis 2003, d'autant que ceux qui l'ont été portaient sur des questions qui ne pouvaient être posées aux électeurs.

3. Les modalités particulières de consultations

Le même article 72-1 C. a également prévu la consultation des électeurs, décidée par une loi, dans le cas où il est envisagé de créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier. A l'origine prévue spécifiquement pour connaître l'avis des électeurs de Corse sur leur avenir institutionnel,

cette disposition générale est susceptible de s'appliquer dans d'autres collectivités. Organisée par la loi n°2003-486 du 10 juin 2003, organisant une consultation des électeurs de Corse sur la modification de l'organisation institutionnelle de la Corse, la consultation relative à un projet ambitieux de création en Corse d'une collectivité territoriale unique qui se serait substituée aux deux départements corses s'est conclue par une majorité de « non ». Bien qu'exprimant en théorie un simple avis, ce vote a bloqué, pour l'instant, tous les projets institutionnels pour la Corse.

Outre-mer, la Constitution prévoit désormais la possibilité de consulter les électeurs sur leur avenir institutionnel, le vote ayant alors valeur de consentement, les électeurs ultra-marins acceptant ou refusant les évolutions statutaires de leurs collectivités.

L'article 72-4C. organise cette procédure référendaire, décidée par le Président de la République sur le modèle de celle prévue à l'article 11C.. Elle peut être organisée en cas de changement de régime constitutionnel pour les collectivités territoriales situées outre-mer qui souhaiteraient passer du régime de l'article 73C (celui des départements et régions d'outre-mer et de l'identité législative). à celui de l'article 74C (celui des collectivités d'outre-mer et du régime de spécialité législative), ou l'inverse, et pour les départements et régions d'outre-mer qui voudraient créer une collectivité unique se substituant à un département et à une région d'outre-mer, ou instituer une assemblée unique (art 73 al 7C.). La consultation doit être suivie du vote par le Parlement français, d'une loi organique dans le cas du changement de régime constitutionnel ou d'une loi ordinaire dans les autres cas.

La victoire du « non » lors des consultations organisées en Guadeloupe et en Martinique, en décembre 2003, destinées à recueillir le consentement des électeurs en vue de la création d'une collectivité territoriale unique, est un nouvel échec des procédures référendaires introduites par la loi constitutionnelle de 2003. Mais la victoire du « oui » a permis la transformation de deux communes de Guadeloupe en « collectivités d'outre-mer » par la loi organique du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer.

LE AUTONOMIE TERRITORIALI NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO ITALIANO: UNA RIFORMA ETERNAMENTE INCOMPIUTA

Francesco Merloni

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Perugia

Abstract de Antonio José Sánchez Sáez

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

Abstract

En esta ponencia el Prof. Merloni repasa las últimas reformas legislativas y constitucionales para lograr una mayor descentralización en la Administración territorial italiana y llega a conclusiones generales que bien podrían aplicarse a nuestro Estado.

La unidad italiana (1865) se construyó sobre la base de un centralismo romano a ultranza, heredado del modelo napoleónico francés, como antídoto al sistema de pequeños Estados y ciudades-Estado que ocupaban el territorio italiano desde la Edad Media. Este modelo centralista fue aumentado en la época fascista, llegando incluso a suprimir la autonomía local y la elegibilidad democrática de sus representantes.

La Constitución de 1948 restaura la autonomía y democracia local, si bien tutelada por el Estado, y crea un nuevo poder interpuesto (las Regiones), creando así los fundamentos básicos para un desarrollo posterior, desde los años 70, del principio de descentralización, tanto a nivel regional como local.

Las reformas legislativas regionales han sido tres: la creación de las Regiones de estatuto ordinario, una vez creadas las Regiones especiales entre 1946 y 1953; la transferencia de funciones administrativas desde el Estado en 1972 y una segunda transferencia en 1977, aunque limitadas por el reparto competencial de la Constitución.

Las reformas de la Administración local se hicieron esperar hasta la Ley 142 de 1990, que, aunque humilde, reconoce una autonomía estatutaria a los entes locales y confirma a la Provincia como segundo nivel de gobierno local con amplias competencias. En 1993 se añade la elección directa del Alcalde y del presidente de la Provincia y se reconoce y aumenta la autonomía tributaria local.

El Prof. Merloni denomina “reformas territoriales” las que han afectado tanto a las Regiones como a la Administración local, comenzando por las efectuadas, a nivel legislativo, por las Leyes 59 de 1997 y 112 de 1998, que consagran el federalismo administrativo y la descentralización de competencias regionales a los entes locales, respectivamente. La letra de la Constitución impedía reformas más profundas.

Es por ello por lo que en los años siguientes se promovieron dos ambiciosas reformas constitucionales.

La reforma de 1999 introdujo la elección directa del Presidente regional y aumentó la autonomía regional mediante la reforma de los estatutos regionales.

La reforma de 2001 modificó completamente el Título V de la Constitución, cuyas principales novedades fueron: la igualación de los tres niveles de Administración territorial (art. 114); se procede a un nuevo reparto de las competencias legislativas, dejando en manos de las Regiones la titularidad de aquéllas no enumeradas (art. 117,2); el reconocimiento constitucional de la autonomía normativa local (art. 117,6), en manos del estado y de las Regiones; la proclamación del principio de subsidiariedad a favor de los entes locales (art. 118) y del principio de autonomía financiera (art. 119); la desaparición del “interés general” como cláusula de intervención estatal en los asuntos regionales y locales y de las normas de control externo sobre las Regiones (art. 125) y entes locales (art. 130).

El Parlamento de centro-derecha salido de las nuevas elecciones intentó su propia reforma constitucional, pero la Ley constitucional quedó abrogada al no ser respaldado el referéndum posterior a su aprobación, que aumentaba las competencias regionales en materias hasta entonces indiscutibles para el Estado (educación, sanidad, policía).

Finalmente, el Prof. Merloni realiza unas interesantes reflexiones sobre el necesario alcance limitado de las reformas constitucionales aprobadas por el partido en el Gobierno sin el apoyo de la oposición y sobre el

modelo óptimo de descentralización que se espera en Italia. Llega a la conclusión de que tanto el Estado (en extremo celoso de sus competencias), como las Regiones (de las suyas) y los entes locales (renuentes a recibir más competencias cuando carecen de financiación para ejecutarlas) bloquean la ejecución real de las reformas legislativas y constitucionales de descentralización administrativa. A ello hay que añadir el inquietante déficit de las cuentas públicas del Estado y la comodidad en que se han instalado las Regiones y Administración local al ejecutar hasta el detalle la legislación del Estado, muy perezosas ante la azarosa tarea de diferenciación organizativa y competencial.

LE AUTONOMIE TERRITORIALI NEL SISTEMA AMMINISTRATIVO ITALIANO: UNA RIFORMA ETERNAMENTE INCOMPIUTA

I. PREMESSA

Far comprendere il modello italiano di autonomia territoriale non è semplice, perché occorre sempre avere in mente che nell'ordinamento italiano innovazioni molto rilevanti, anche introdotte con norme di rango costituzionale, non sempre producono cambiamenti effettivi nel sistema, non sempre garantiscono un grado minimo accettabile di autonomia degli enti territoriali.

Un altro punto importante per comprendere l'evoluzione del modello italiano sta nel rapporto, ancora non risolto, tra Regioni e enti locali. Appare difficile sostenere che il nostro ordinamento sia quello di una "Repubblica regionale", perché alle nostre regioni non è riconosciuto un ruolo preminente nell'articolazione delle istituzioni democratiche, mentre si preferisce usare il termine di "Repubblica delle autonomie", proprio a segnalare che del pluralismo autonomistico italiano sono protagonisti, insieme e a pari dignità costituzionale, sia le Regioni che gli enti locali.

Vale quindi la pena di fornire una sia pur breve e sommaria ricostruzione storica del nostro sistema amministrativo.

2. IL PUNTO DI PARTENZA: IL CENTRALISMO

Con l'unità d'Italia realizzata intorno al 1865 (l'anno delle leggi di unificazione, con la pratica estensione della legislazione piemontese all'intero territorio italiano), viene scelto un modello fortemente accentrato, sul modello francese napoleonico, come antidoto alla frammentazione degli Stati preunitari. La costruzione di un centro forte, di fronte ad un sistema locale (costituito solo da Comuni e Province, senza nessuno spazio per un'autonomia regionale, ritenuta pericolosa per l'unità nazionale) debole e sottomesso (sottoposto ad un rigido sistema di controlli, anche di opportunità, anche di tipo politico).

Il fascismo eredita dallo stato liberale il sistema sostanzialmente non autonomo e vi aggiunge il tratto autoritario della compressione delle libertà locali (a cominciare dalla eliminazione dell'elemento minimo di au-

tonomia, costituito dall'autogoverno, cioè dal diritto delle comunità locali di scegliersi democraticamente i propri rappresentanti negli organi di governo degli enti locali), della democrazia locale.

3. LA COSTITUZIONE DEL 1948

La Costituzione repubblicana del 1948 segna una inversione di tendenza. Si afferma, tra i principi fondamentali dell'ordinamento, quello di autonomia e di decentramento (articolo 5).

Quanto al modello autonomistico si compie una scelta meno netta.

Da un lato si punta al ripristino della democrazia locale compressa dal regime fascista, ma nella conferma del modello precedente: Comuni e Province, sono enti che si autogovernano, ma restano deboli; ordinamento degli enti locali come ordinamento derivato dallo Stato (art. 128).

Dall'altro si realizza un incerto inserimento delle Regioni: queste sono dotate di potere legislativo (più significativo del mero potere regolamentare degli enti locali), ma sono introdotte nel sistema amministrativo come terzo livello di governo locale (i poteri normativi dei Länder, una realtà amministrativa vicina alle Regioni francesi), senza arrivare ad avere potere significativi *nei confronti* degli enti locali, che, invece, mantengono un diretto rapporto con lo Stato centrale, cui spetta la determinazione del loro ordinamento uniforme, delle loro funzioni e risorse finanziarie.

4. IL DECENTRAMENTO IN ATTUAZIONE DELLA COSTITUZIONE DEL 1948

Alla Costituzione segue un lungo periodo di sua mancata attuazione. Solo con l'inizio degli anni '70 si avvia processo di riforme con l'alternarsi di "riforme" regionali e locali, sempre nel segno del decentramento di funzioni prima centrali.

Le riforme "regionali"

Una volta costituite le Regioni a statuto ordinario (quelle speciali si erano progressivamente costituite tra il 1946 e il 1953) con la elezione dei Consigli regionali nel 1970 il passaggio più rilevante è stato il trasferimento di funzioni amministrative (con annesse risorse finanziarie e di perso-

nale). Ad un primo trasferimento (1972) di funzioni amministrative molto settoriale e fortemente condizionato (a causa del meccanismo prescelto di delegare al governo la definizione degli atti normativi di individuazione delle funzioni e delle risorse) dagli apparati dello Stato, restii a cedere competenze, è succeduto un secondo trasferimento di funzioni (il d. P.R. 616 del 1977), più organico, ma sempre delimitato alle sole materie elencate nell'articolo 117 Cost. e sempre condizionato dal potere di veto degli apparati ministeriali centrali.

Le riforme “locali”

Mentre si realizzavano le riforme regionali, l'ordinamento degli enti locali restava immutato. Restava in vigore addirittura il Testo Unico di epoca fascista, del 1934.

Solo nel 1990, con la legge n. 142, si opera qualche significativa correzione del modello (senza rivederlo organicamente, tanto che il T.U. del 1934 restava ancora valido): si riconosce agli enti locali un'autonomia non solo regolamentare, ma “statutaria”, si confermano le Province come secondo livello generale di governo, con compiti di “area vasta”, si prevedono le Città metropolitane (mai attuate successivamente), si attenuano i controlli esterni (affidati ad organismi di livello regionale e delimitati a pochi atti fondamentali dell'ente locale).

Nel 1993, poi, altre due riforme apparentemente secondarie: l'introduzione dell'elezione diretta del Sindaco e del Presidente della provincia, l'incremento dell'autonomia tributaria degli enti locali (con il riconoscimento di imposte locali proprie, come l'imposta sugli immobili (ICI) ai Comuni).

Le riforme territoriali (insieme regionali e locali)

Solo con la legge n. 59 del 1997 si intraprende la strada di una riforma complessiva che si propone una nuova fase di decentramento a favore, insieme, di Regioni ed enti locali (il c.d. “federalismo amministrativo), pur senza toccare la Costituzione vigente (ancora quella del 1948). La legge è, ancora una volta, una legge di delega che lascia al governo (e quindi ancora con un potere di incidenza degli apparati ministeriali) la individuazione, con i decreti di attuazione, delle funzioni e delle risorse da trasferire. Il più rilevante di questi decreti, il d. lgs. n. 112 del 1998, dà attuazione ai principi

di sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione, unità e responsabilità della legge, prevedendo l'attribuzione di funzioni amministrative nelle materie statali e lasciando alle Regioni il compito di decentrare funzioni agli enti locali nelle materie di loro competenza legislativa, con il potere sostitutivo dello Stato in caso di inerzia regionale. Si è trattato del più rilevante tentativo di realizzare un forte decentramento di funzioni a costituzione vigente, ma, ancora una volta, si è trattato di una riforma in gran parte scritta sulla carta. Mancava la corrispondenza tra nuove funzioni e risorse finanziarie (quello che in Italia viene definito il "federalismo fiscale"). Nonostante le grandi ambizioni del disegno originario l'operazione si è conclusa nel terzo decentramento (dopo quelli del 1972 e del 1977), peraltro largamente incompleto.

Questa ultima esperienza ha comunque posto in chiaro che senza una revisione del testo costituzionale non era possibile rimuovere gli ostacoli ad un effettivo decentramento. Così come ha rivelato la necessità di rivedere profondamente la collocazione delle Regioni nel sistema istituzionale complessivo.

5. LE MODIFICHE COSTITUZIONALI DEL 1999 E DEL 2001 E QUELLA MANCATA DEL 2005/6

Negli anni immediatamente successivi, quindi, viene intrapresa la strada della modifica costituzionale. Ciò è avvenuto in due tappe: dapprima la apertura ad una possibile differenziazione della forma di governo delle Regioni; poi una più ampia revisione dell'intero Titolo V della II parte della Costituzione.

La riforma del 1999: la forma di governo regionale

Con la legge costituzionale n. 1 del 1999 viene introdotta l'elezione diretta del Presidente della Regione, ma soprattutto viene ampliata l'autonomia statutaria delle Regioni in materia di forma di governo e di sistema elettorale. Gli statuti sono ormai approvati (e modificati) con legge regionale, non più con legge dello Stato (che può solo impugnare lo statuto davanti alla Corte costituzionale).

Diversità dalla Spagna: lo statuto non ha valore di legge statale rinforzata (organica), non ha il potere di stabilire un diverso riparto delle competenze (legislative e amministrative) tra Stato e Regioni (che continua ad

essere di competenza della stessa Costituzione), ma ha un mero valore di fonte di autonomia, con materie riservate, coincidenti con la definizione dell'organizzazione propria della Regione.

Le Regioni possono fare (e hanno fatto) un uso limitato del potere statutario: disciplina degli *interna corporis*, con scarsissima attenzione alla revisione organica dei rapporti con gli enti locali.

In questo campo l'unica novità significativa è stata la previsione (con il nuovo art. 123, comma 4) del Consiglio delle autonomie locali, quale «organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali».

La riforma del 2001: la totale riscrittura del Titolo V

Nel 2001, l'allora maggioranza di centrosinistra approva, con un voto a stretta maggioranza, una ampia revisione del Titolo V della Costituzione («Le Regioni, le Province, i Comuni»).

Ci si limita qui ad indicare i contenuti principali, molto innovativi, della riforma del Titolo V

In primo luogo la cosiddetta “parificazione” tra i soggetti costitutivi della Repubblica (art. 114): tutti i livelli di governo, compreso lo Stato, sono elementi costitutivi della Repubblica.

In secondo luogo rilevante è la nuova ripartizione delle competenze legislative (art. 117), con l'inversione della clausola di residualità: il comma 2 elenca le competenze esclusive dello Stato; il terzo comma individua le materie concorrenti nelle quali la legislazione è regionale mentre allo Stato spetta la sola individuazione dei principi generali; in tutte le materie non elencate la competenza residuale è delle Regioni, che legiferano senza dover rispettare alcun limite statale (né il limite dei principi delle materie, né il limite delle grandi riforme economico-sociali).

Di grande rilievo, poi, il riconoscimento esplicito dell'autonomia normativa degli enti locali (art. 117, comma 6): è autonomia statutaria e regolamentare «per la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite».

Anche la distribuzione delle funzioni amministrative (art. 118) è rivista nella piena applicazione del principio di sussidiarietà verticale, che vuole le funzioni attribuite prioritariamente ai Comuni, salve le funzioni attribuite ai superiori livelli di governo al fine di «assicurarne l'esercizio unitario».

L'autonomia finanziaria (art. 119) è affermata non più solo per le Regioni, ma per tutti gli enti territoriali, con affermazioni di grande rilievo quali quella della spettanza di risorse autonome (tributi e compartecipazioni ai tributi statali) (comma 2) e della integrale copertura con risorse autonome dell'esercizio delle funzioni attribuite (comma 4).

Scompare l'"interesse nazionale" come limite generale e liberamente apponibile dallo Stato per limitare l'autonomia degli enti territoriali. Gli interessi unitari coincidono con le competenze riservate allo Stato, finali e "trasversali" e con i principi statali nelle materie concorrenti: solo attraverso l'utilizzazione di questi poteri lo Stato assicura gli interessi di livello nazionale.

E' sancita la fine dell'uniformità organizzativa: la legge può fissare solo fissa obiettivi e standard, risultati generali, a garanzia dei diritti fondamentali spettanti a tutti i cittadini della Repubblica.

Anche la nozione unitaria di "ordinamento degli enti locali" scompare: vi è un ordinamento degli enti locali fissato con leggi statali solo per limitate materie che la Costituzione vuole ancora trattate in modo uniforme («organi di governo», «legislazione elettorale», «funzioni fondamentali» (art. 117, comma 2, lettera p)), principi generali sulla finanza locale, art. 117, comma 3) e vi è un ordinamento degli enti locali di competenza regionale (ulteriori funzioni amministrative, forme associative e di collaborazione, controlli e poteri sostitutivi, coordinamento regionale della finanza locale).

Sono abrogate le norme sui controlli esterni, sulle Regioni (art. 125) e sugli enti locali (art. 130).

Continua a mancare una disciplina dei raccordi intergovernativi, a partire dalla Camera delle regioni (o delle autonomie) (unica eccezione: i primi ricordati Consigli delle autonomie locali a livello regionale)

La legge costituzionale è successivamente confermata da un referendum svoltosi nell'ottobre del 2001.

La mancata riforma del 2005/6

Con la successiva legislatura (la XIV), con un Parlamento di centrodestra, si tenta un'ulteriore opera di revisione costituzionale, incoraggiata dal precedente della modificazione intervenuta a stretta maggioranza. La legge approvata dal Parlamento nel 2005 è stata bocciata dal referendum del 25

e 26 giugno 2006. Essa, quanto al nostro campo, pur continuando a non toccare il tema, decisivo, della revisione del bicameralismo perfetto a favore di una Camera di rappresentanza delle Regioni (o dell'intero sistema delle autonomie territoriali), si limitava a:

- a) porre rimedio alle indubbe imprecisioni contenute nel nuovo testo costituzionale approvato nel 2001, nel senso di rivedere la distribuzione di alcune materie tra competenza statale e regionale (questo obiettivo resta ancora necessario);
- b) ripristinare l'antica formula dell'interesse nazionale (di cui, invece, secondo la dottrina prevalente, non ci sarebbe alcun bisogno);
- c) attribuire quattro materie (sanità, organizzazione scolastica, programmi scolastici, polizia amministrativa locale) alla competenza esclusiva delle Regioni, aprendo la strada ad una eccessiva differenziazione delle risposte regionali in settori chiave dello stato sociale (la c.d. *devolution*).

La riforma non è stata approvata da una amplissima maggioranza del popolo italiano su tre punti essenziali: il premierato forte, il confuso bicameralismo, la *devolution*.

I limiti delle riforme costituzionali non condivise

La strada delle riforme ampie della Costituzione del 1948 si è quindi rivelata complicata (nuovo Titolo V) o irrealizzabile.

La via delle modificazioni a colpi di maggioranza, con il trasferimento delle tematiche istituzionali nei programmi di governo, non è praticabile.

La Costituzione, in generale le istituzioni, sono terreno di intese condive, bipartisan.

6. NUOVE DIFFICOLTÀ DI ATTUAZIONE DELLA COSTITUZIONE RIFORMATA

Il risultato pratico è stato, per tutta la legislatura, cioè per i cinque anni che vanno dal 2001 al 2006, la paralisi. Il Governo Berlusconi fa approvare in Parlamento una legge (la n. 131 del 2003) che prevede deleghe al Governo per l'attuazione del nuovo testo costituzionale, ma lo fa in modo timido e contraddittorio. Si parla di attuazione della riforma, mentre si dichiara di voler porre mano al testo costituzionale.

I decreti delegati (di individuazione dei principi nelle materie concorrenti, di individuazione delle funzioni fondamentali degli enti locali) non vengono emanati. In pratica si arresta l'attuazione del Titolo V.

Con il nuovo cambiamento di maggioranza parlamentare, secondo molti osservatori (ma il dubbio è legittimo) si aprirebbe una nuova fase, con la presentazione di un disegno di legge di delega. La legislazione da emanare sulla base di questa nuova delega è stata, un po' enfaticamente, denominata la "Carta delle autonomie" (ma essa non ha alcun rapporto con la Carta europea delle autonomie locali del Consiglio d'Europa).

Un progetto ambizioso e di "grande riforma" da attuarsi con legge ordinaria.

Un disegno di legge e sette deleghe:

- 1) individuazione e allocazione delle funzioni fondamentali e disciplina delle altre materie di competenza esclusiva dello Stato (art. 2);
- 2) istituzione delle Città metropolitane (art. 3);
- 3) conferimento a Regioni ed enti locali di funzioni oggi svolte dallo Stato (art. 4);
- 4) ordinamento di Roma Capitale (art. 5);
- 5) potenziale delega per dare allo Stato il potere di sostituirsi alle Regioni inerti nel decentramento di funzioni (di dubbia legittimità costituzionale);
- 6) revisione delle circoscrizioni delle Province (art. 7), in conseguenza soprattutto dell'istituzione delle Città metropolitane;
- 7) adozione della "Carta delle autonomie locali" (art. 8), almeno un anno dopo l'emanazione dei primi decreti delegati.

Sul federalismo fiscale è in elaborazione un distinto progetto di legge, da parte del Ministero dell'Economia (resta la difficoltà a far coincidere l'area delle funzioni con quella delle risorse).

7. LO SCARTO TRA INNOVAZIONE ISTITUZIONALE E REALTÀ EFFETTUALE

A dieci anni dall'avvio della nuova fase di riforme, cioè a dieci anni dall'entrata in vigore della legge che più coerentemente aveva persegui-

to l'obiettivo del decentramento (a Costituzione invariata) e nonostante l'intervenuta ampia revisione della Costituzione, si deve registrare uno scarto rilevante tra la modificazione legislativa e la realtà di fatto del decentramento e dell'autonomia. Il "Federalismo" è solo predicato mentre si continua a praticare un robusto centralismo (il 60% della spesa pubblica è ancora statale; sono statali settori e servizi fondamentali: istruzione, università e ricerca, ordine pubblico, previdenza, ambiente e beni culturali). Al mancato decentramento effettivo si accompagna il mancato "federalismo fiscale": in particolare non si riesce a trovare un accordo di fondo tra Stato e autonomie territoriali sul costo effettivo delle funzioni attribuite a ciascun livello di governo (anche perché la distribuzione delle funzioni non è uniforme ma differenziata regione per regione).

8. LA NECESSITÀ DEL DECENTRAMENTO, LE RESISTENZE DEL CENTRO, L'ASSENZA DI UN SPINTA DAL BASSO

Nel sistema amministrativo italiano il decentramento di funzioni dal centro verso le autonomie territoriali viene costantemente proposto, da almeno trentacinque anni, come risposta alla non funzionalità del sistema complessivo.

Decentrare ha diverse finalità, tutte positive. In buona sostanza il decentramento è utile per "avvicinare l'amministrazione al cittadino" e ciò produce ulteriori vantaggi: serve a responsabilizzare maggiormente i titolari di poteri pubblici (il rapporto ravvicinato tra amministratori e cittadini incrementa le possibilità di controllo democratico dei secondi sui primi), ma serve anche a differenziare la risposta amministrativa ai bisogni (soprattutto in termini organizzativi). Anche se la legge dello Stato si riserva di garantire livelli uguali di prestazioni e servizi pubblici, il decentramento e la connessa autonomia (soprattutto normativa) consente di trovare soluzioni organizzative differenziate e adatte alla specifica realtà dei territori.

All'enfasi continuamente posta sul decentramento si oppongono, regolarmente e con successo, forti resistenze centralistiche, che si fondano su problemi di difficile soluzione e su atteggiamenti di forze e apparati che temono di perdere, con il decentramento, il proprio potere. Dove stanno le resistenze:

- a) nella difficoltà, in una situazione generale di forte debito pubblico (circa il 105% del PIL, a trovare nuovi equilibri della finanza pubblica, tra finanza statale e finanza degli enti territoriali);
- b) negli apparati amministrativi centrali (non le sole amministrazioni ordinarie, ma le molteplici amministrazioni straordinarie e di emergenza);
- c) nel centralismo regionale;
- d) nella scarsa richiesta da parte dei Comuni, già carichi di competenze di risposta ai bisogni del cittadino (i Comuni chiedono, semmai, più risorse per gestire le funzioni attuali)

Paradossalmente i soggetti più interessati ai processi di decentramento e di redistribuzione delle competenze amministrative in sussidiarietà sono anche quelli più deboli (le Province) o addirittura assenti (le Città metropolitane), mentre temono di perdere qualcosa non solo lo Stato, ma anche le Regioni e i Comuni.

9. DECENTRAMENTO DI FUNZIONI O VERA AUTONOMIA?

La vicenda istituzionale italiana si presta a considerazioni più di fondo sul modello veramente perseguito, considerazioni che possono essere utili anche a riflettere sul modello concretamente realizzato anche in altre esperienze europee.

Sulla carta forte è l'enfasi sul riconoscimento di autonomia, che si fonda sul sommarsi di un vero decentramento di funzioni (sussidiarietà), di un pieno autogoverno, di una effettiva autonomia politico-amministrativa (possibilità di darsi priorità diverse, nel rispetto dei vincoli di legge), di una autonomia normativa.

9.1. I diversi oggetti dell'autonomia normativa

L'autonomia come (potenziale) differenziazione di regole può avere oggetti diversi, in una scala crescente:

- a) l'organizzazione della funzione (distribuzione delle competenze tra enti, uffici e distribuzione delle risorse);

- b) lo svolgimento delle attività di esercizio della funzione (procedimenti, ricorso a moduli negoziali pubblici, contratti di diritto privato; accesso e trasparenza);
- c) la articolazione delle politiche (alla allocazione delle risorse si accompagna la definizione dei relativi strumenti di azione);
- d) la “forma di governo” (articolazione degli organi e loro competenze; composizione e formazione degli organi);
- e) il riconoscimento dei diritti.

Per i livelli di autonomia normativa più bassi è sufficiente un’autonomia regolamentare (nei limiti della legge), per quelli più elevati è necessaria l’autonomia legislativa, che comunque interferisce sempre con la legge dello Stato.

9.2. L’autonomia normativa locale

In nessun sistema amministrativo in Europa gli enti locali hanno autonomia legislativa, ma ci si limita all’autonomia regolamentare.

La loro dimensione territoriale è tale da impedire un’autonomia normativa che arrivi a differenziare in modo significativo (per esempio i livelli d) ed e).

Per un’autonomia normativa più ampia occorre una dimensione territoriale maggiore (e un numero di enti non eccessivo e “controllabile”) e un fondamento (identitario, culturale, linguistico, geografico, etnico) per la differenziazione: di qui la valorizzazione della dimensione regionale.

9.3. L’autonomia normativa regionale

La regionalizzazione spesso si accompagna al riconoscimento di autonomia legislativa (con le eccezioni di Francia e Polonia), ad imitazione dei modelli federali nei quali, però, la competenza legislativa è un tratto “costitutivo”, originario. I soggetti costitutivi dello Stato cedono quote della loro competenza legislativa al centro.

Ricostruzione spesso enfatica: un volta costituito il centro, questo tende a comportarsi come il centro dei paesi unitari o regionali.

Anche per gli Stati federali si pongono in continuazione problemi di accentramento/decentramento di funzioni.

Ci sono anche Stati federali costituiti attraverso processi di decentramento (Belgio, Russia).

Il riconoscimento di un'autonomia normativa di tipo legislativo non comporta in modo automatico il riconoscimento di un potere di differenziazione al livello più elevato quanto agli oggetti.

9.4. La tutela dell'autonomia normativa

La tutela dell'autonomia normativa dipende dall'ampiezza del riconoscimento del potere di differenziazione.

Laddove, anche in presenza di un'autonomia legislativa, ci si vuole fermare ai livelli più bassi, anche gli strumenti di tutela sono meno forti.

La tutela si realizza nella configurazione dei rapporti tra livelli di normazione e nel riconoscimento di strumenti giuridici di tutela (partecipazione ai procedimenti decisionali, ricorsi giurisdizionali).

Le garanzie sono sempre deboli, di fronte alla tendenza della legge statale ad intervenire, rafforzata dalla necessità di attuazione della disciplina comunitaria (effetto di centralizzazione della UE).

9.5. Lo scarso uso dell'autonomia normativa

Nonostante le discussioni molto ampie e i limiti segnalati, possiamo partire dalla constatazione che solo nei paesi federali (e in alcune *Comunidades autonomas* spagnole) la autonomia normativa è sufficientemente tutelata a livello regionale ed è adeguatamente esercitata, mentre a livello locale le esperienze, anche nei paesi federali, sono poco significative (prevale la legge "regionale").

Da verificare se essa si spinga fino ai livelli più elevati di autonomia (fino alla differenziazione dei diritti).

Nei paesi regionali (molte *Comunidades autonomas* spagnole, le Regioni italiane, anche a statuto speciale), l'effettivo uso dell'autonomia legislativa è molto scarso, per il convergere di diversi fenomeni:

- alla forte tendenza della legislazione statale ad intervenire nel dettaglio nei fatti le Regioni fanno acquiescenza (impugnano le leggi statali che invadono la loro competenza, ma poi non esercitano le competenze difese);
- le Regioni aspettano leggi statali di riforma, per poi adeguarvisi;
- le Regioni dimostrano scarsa propensione all'innovatività (le leggi regionali sono spesso imitate l'una dall'altra, con un processo di appiattimento delle Regioni meno innovative alle esperienze delle Regioni "di punta").

In generale dappertutto (paesi federali, paesi regionali, paesi unitari) l'autonomia normativa locale è scarsamente utilizzata. Le amministrazioni locali non sono dotate di sufficienti competenze per lanciarsi nella elaborazione di strumenti di azione differenziati. Per loro è più agevole applicare la legislazione vigente (statale e regionale), anche se di dettaglio (in molti casi il dettaglio è gradito, perché costituisce una guida "sicura" all'azione amministrativa).

9.6. Autonomia o autogoverno?

Se guardiamo al livello regionale il quadro è articolato: nei paesi federali (e in parte in Spagna) all'autogoverno si somma una effettiva autonomia normativa e si può ritenere che lì l'ordinamento sia ispirato veramente al principio di autonomia (e alla accettazione di una possibile differenziazione delle regole). Nei paesi a regionalismo "debole", si deve ritenere, invece, che l'ordinamento intenda l'autonomia normativa nel suo contenuto più basso (al massimo come differenziazione dell'organizzazione), considerando necessari non solo la riserva di alcune materie in via esclusiva allo Stato, ma anche un suo potere generale di intervento nelle materie regionali, a difesa della unitarietà della disciplina (dei diritti, ma anche di alcuni aspetti organizzativi: forma di governo).

Se guardiamo al livello locale il quadro è simile e riguarda in generale tutti gli enti locali, in tutta l'Europa.

C'è quindi da ritenere che la difesa dell'"autonomia" locale e regionale corrisponda nella stragrande maggioranza dei casi soprattutto a una difesa dell'autogoverno, cioè di un robusto decentramento di funzioni a favore di soggetti dotati del potere di autogoverno.

Questo spiegherebbe il successo del principio di sussidiarietà e in generale di tutti i criteri di distribuzione delle funzioni amministrative volti a garantire agli enti territoriali complessi certi di funzioni proprie, esercitabili liberamente (nei limiti della legge). Spiegherebbe anche l'attenzione crescente ai profili finanziari (vedi il peso della materia nel protocollo aggiuntivo alla Carta europea delle autonomie locali, attualmente in fase di approvazione da parte del Consiglio d'Europa).

AUTONOMÍA Y DIFERENCIACIÓN EN LA ORGANIZACIÓN LOCAL¹

Francisco Velasco Caballero

Instituto de Derecho Local
Universidad Autónoma de Madrid

I. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. El término “diferenciación” cumple una doble utilidad en el estudio del régimen local español. Se trata, de un lado, de una *categoría analítica*. Se dice, en este sentido, que el Derecho local español diferencia insuficientemente las distintas entidades locales existentes (o, lo que es lo mismo, que el régimen local español es altamente uniforme). Junto a esto, el término “diferenciación” se presenta recientemente también como una *categoría normativa*: mandato positivo para que las distintas normas de régimen local diferencien en lo posible el régimen jurídico de las distintas entidades locales españolas. Ambas vertientes del concepto de “diferenciación” se refieren, sin duda, a una misma realidad. Pero su utilidad jurídica es bien diversa. Como categoría explicativa, la “diferenciación” describe con más o menos precisión una realidad; pero nada dice sobre su permanencia. En cambio, como categoría normativa la “diferenciación” adquiere la eficacia propia de un principio organizativo del Derecho local: impone y legitima un mayor nivel de diversidad en el régimen local español.

2. Desde la *perspectiva analítica*, una crítica tradicional al régimen local español consiste en su alto grado de “uniformidad”. Con ello se pretende destacar que la diversidad real entre las entidades locales españolas no

1. Abreviaturas utilizadas: BLGAL: Borrador de Anteproyecto de Ley del Gobierno y la Administración Local; CE: Constitución española; EAA: Estatuto de Autonomía de Andalucía; EAC: Estatuto de Autonomía de Cataluña; GG: Grundgesetz (Constitución alemana); LBRL: Ley reguladora de las Bases de Régimen Local; TRRL: Texto Refundido de las Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local; ROF: Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

determina la existencia de regímenes jurídicos verdaderamente diferenciados. De un lado, las entidades locales municipales y las supramunicipales (municipios, provincias, comarcas) comparten en gran medida un mismo régimen jurídico. Y de otro lado, los distintos municipios de España, con independencia de su tamaño, población, recursos y Comunidad Autónoma en que se ubican, se rigen por un Derecho sustancialmente uniforme. Como alternativa a la uniformidad en el régimen local se habla -sobre todo en los últimos años- de una nueva *orientación hacia la diversidad* o la diferenciación. El Derecho positivo ya se ha hecho eco de esta nueva tendencia. En las recientes reformas de algunos Estatutos de Autonomía se han introducido ya, con mayor o menor precisión, varias referencias a la “diferenciación” en la organización local. Así, el art. 84.3 del nuevo Estatuto de Cataluña (EAC)² impone al Parlamento catalán, para la distribución de las responsabilidades administrativas entre las distintas entidades locales, la necesaria “diferenciación de acuerdo con las características que presenta la realidad municipal”. También, el art. 98.2 del nuevo Estatuto de Andalucía (EAA)³ se refiere a que la Ley de Régimen Local de Andalucía tendrá en cuenta las diferentes “características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y capacidad de gestión de los entes locales”. Estas muestras de reciente positivación del llamado “principio de diferenciación” parecen conectar directamente con la reforma constitucional italiana de 2001, en la que (art. 118.1) expresamente se alude a la diferenciación como principio organizativo del régimen local italiano⁴. Estamos ya, en todo caso, ante una *dimensión normativa* (no sólo analítica) del concepto de “diferenciación”. Esta nueva dimensión del concepto de “diferenciación” en la organización local, la prescriptiva, es la que interesa en este estudio. Sobre todo, por su relación con las distintas garantías de autonomía local del régimen local español. Importa saber: quién puede o debe diferenciar; y hasta dónde. Para contestar a estas cuestiones resulta de utilidad, antes de nada, poner en comparación el régimen local español con el de otros Estados de nuestro entorno.

2. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

3. Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

4. Art. 118.1 de la Constitución italiana de 1947 (reformada por la Ley Constitucional 3/2001, de 18 de octubre): “Se asignan a los Municipios las funciones administrativas, a menos que, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las Provincias, Urbes metropolitanas, Regiones y al Estado en virtud de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuación”.

II. “DIFERENCIACIÓN” EN DERECHO COMPARADO

3. En lo que sigue se va a trabar comparación entre el régimen local español y el del *Reino Unido*, de *Alemania* y de *Italia*. Otros modelos comparados, como el norteamericano o el canadiense, presentan singularidades históricas muy definidas que dificultan la extracción de conclusiones comparadas. En especial, la multiplicación de entidades locales sectoriales (para funciones determinadas) y la falta de garantía jurídica de la autonomía local (frente a los Estados federados) dificultan todo análisis comparado⁵. Otros Estados más cercanos, como Francia, presentan diferencias estructurales con España en la organización territorial del poder, lo que también complica la elaboración de un análisis comparado. Piénsese, simplemente, en el hecho de que para el Derecho francés también las entidades regionales son entidades locales (*collectivités locales*)⁶. Alemania, Italia y el Reino Unido presentan, hoy, características que permiten la comparación con el régimen local español. Se trata de Estados, federales o altamente descentralizados en lo que se refiere a los gobiernos locales. En la exposición comparada que sigue se va a distinguir, siguiendo una distinción analítica arraigada en Derecho inglés, entre la organización local “externa” e “interna”. Esto es, entre la configuración de los distintos niveles territoriales de gobierno local y la organización del poder en el seno de cada municipio o comarca.

4. Desde la perspectiva de la organización local “interna” se puede distinguir, en los distintos Estados estudiados, entre el *gobierno* y la *administración* local. Con carácter general, la “forma de gobierno local” (regulación del Alcalde, la Asamblea y, en su caso, comisión de gobierno) está regulada de forma extensa e intensa por el Estado central o por las entidades territoriales (Estado federado o región autónoma): el margen de autorregulación de la forma de gobierno local (por cada entidad local) es, entonces, bien limitada. En cambio, la Administración local, sometida a los órganos de gobierno, queda en gran medida a la disposición de cada entidad local.

5. Véase, M. PAGANO, “The challenge of effectiveness: local government in the United States”, *Dialogues on local government and metropolitan regions in federal countries*, Forum of Federations, Montreal (Canadá), 2007, p. 44; y H. LAZAR / A. SEAL, “Local government: Still a junior government? The place of municipalities within the Canadian federation”, en N. STEYTLER (Ed.), *The place and role of local governments in federal systems*, Konrad-Adenauer Stiftung, Johnnesburg, 2005, pp. 27 y ss.

6. J-B AUBY / J-F AUBY / R. NOGUELLOU *Droit des collectivités locales*, 3ª ed., PUF, Paris, 2004, pp. 43 y ss.

Las leyes del Estado o de entidades territoriales tienden a ofrecer opciones organizativas, más que a regular de forma completa la organización administrativa. Con todo, y pese a este amplio poder de autoorganización, el nivel de diferenciación real o final en la organización administrativa de los distintos tipos de entidades locales es escaso. *Las opciones organizativas locales tienden a igualarse*, bien por simple emulación, bien porque las entidades locales supramunicipales -o las regiones- elaboran fórmulas organizativas tipo, de libre asunción por cada entidad local.

5. La organización local “externa” (la “planta local”) difiere sustancialmente entre los distintos Estados. Con carácter general, los Estados analizados suelen ordenar la “planta local” en dos niveles: *municipal* y *comarcal* (o provincial). Aunque también existen casos de simplificación: un solo nivel de gobierno local (municipal o comarcal); o, también, adición de otras entidades locales al esquema básico dual (distritos, entidades locales para tareas específicas). Más allá de las diferencias entre Estados, se puede apuntar una nota con vocación de generalidad: las entidades locales supramunicipales (comarcas, provincias) sólo son verdaderamente relevantes allí donde sus órganos de gobierno se eligen directamente en procesos electorales y donde las regiones (o estados federados) no compiten con las comarcas por el poder político y económico. *Dentro de cada Estado* se puede observar también un alto nivel de diversidad en la configuración de los niveles de gobierno local. Varios son los factores que, con carácter general, pueden explicar esta diversidad. Hay, en primer lugar, importantes condicionantes históricos. Así, por ejemplo, la diversidad tradicional en la estructura de las comarcas (*Kreise*) en Alemania⁷. Un segundo factor relevante para la diversidad organizativa local en el seno de cada Estado puede ser la demografía: con carácter general, la existencia de población dispersa potencia la existencia de entidades comarcales como eje del gobierno local (desplazando de esa posición a los municipios); por eso, en un mismo Estado, en función de su estructura demográfica, se pueden dar diversas formas de organización de los distintos niveles de gobierno local. También, la “planta local” tiene mucho que ver con la forma de Estado, esto es con la relación entre el Estado central y las entidades regionales (o estados federados) en cada país. De esta manera, en los Estados fuertemente descentralizados se observan importantes diferencias en la “planta local”: las

7. H. MAURER, «Verfassungsrechtliche Grundlagen der kommunalen Selbstverwaltung», en *Deutsches Verwaltungsblatt* 1995, pp. 1037 y ss.

entidades regionales (naciones o estados federados) estructuran con amplio margen los niveles de gobierno local. Y por último, la implantación de los distintos partidos políticos también actúa fuertemente sobre la “planta local”, fundamentalmente sobre la existencia o no de áreas metropolitanas; es el caso de la creación-supresión-recreación del área metropolitana del “Gran Londres” como consecuencia de la alternancia de los partidos conservador y laborista en el gobierno británico⁸.

6. En el *Reino Unido*, las recientes reformas legislativas van encaminadas a un *mayor nivel de diferenciación en la organización del gobierno local*. De un lado, las leyes de autonomía para Gales y Escocia (“Devolution Acts” de 1998) atribuyen a ambas naciones importantes competencias sobre gobierno local (más relevantes en el caso de Escocia que en el de Gales), lo cual ha determinado ya una importante diferenciación del gobierno local en Escocia, respecto del patrón inglés⁹. De otro lado, en lo que hace a Inglaterra, sucesivas reformas entre 1995 y 1998 han deparado una notable diversificación en la planta de la organización local. Ahora, el mapa de Inglaterra presenta hasta tres modelos distintos de distribución territorial del poder local. Eso sí, en todos los casos se trata de una diferenciación decidida por el Gobierno británico y no por las propias entidades locales. La “ratio” de fondo de la reforma consiste en adecuar las estructuras organizativas a la realidad territorial y demográfica, suprimiendo un escalón de gobierno local (el municipal o el comarcal) allí donde las circunstancias lo aconsejen. De ahí resulta que en algunos ámbitos territoriales sólo existe gobierno local de ámbito comarcal (*Unitary county authority*) y no municipal; esto ocurre fundamentalmente en áreas de población dispersa, donde las estructuras de gobierno municipal resultan ineficientes por lo reducido de su escala. En otros casos el gobierno local es sólo municipal (*Unitary borough or district authority*), en aquellos espacios de fuerte concentración de población urbana; en estos casos, el gobierno municipal asume todas las tareas propias del gobierno comarcal. Y finalmente, en otras partes de Inglaterra se mantiene el sistema dual de gobierno local (municipal-comarcal: *two-tiers system*). La *tendencia hacia la concentración o simplificación de los niveles de gobierno local* ha determinado un número llamativamente bajo de gobiernos locales en Inglaterra (468, que contrastan con los 8.108 municipios españoles, con los 12.434 municipios alemanes,

8. D. WILSON y CH. GAME, *Local Government in the United Kingdom*, 4ª ed., Palgrave Macmillan, New York, 2006, pp. 73 y ss.

9. D. WILSON y CH. GAME, *Local Government...*, p. 64

o con los 36.782 municipios franceses). Esta situación se valora positivamente en términos de gasto público pero, en correspondencia, da lugar a un número elevadísimo de habitantes por cada cargo electo (2.712 en Inglaterra, frente a los 623 de España), lo que encuentra objeciones severas desde el punto de vista de la representación democrática¹⁰. Finalmente, el mapa de la organización local “externa” en el Reino Unido se completa con la creación de mancomunidades voluntarias, tanto de los municipios como de los condados, para la realización de tareas concretas (*joined bodies*). Sobre estas organizaciones finalistas se proyecta un reproche común a las administraciones mixtas en toda Europa: el déficit democrático (en términos de *accountability*, o responsabilidad de los cargos electos ante los electores) derivado de la falta de identificación precisa para los ciudadanos sobre cuál es la competencia que ejerce cada cargo electo. Por otro lado, en lo que se refiere a la organización “interna” del gobierno local, Inglaterra (quedan ahora al margen Escocia y Gales) presenta un alto nivel de homogeneidad en la forma de gobierno. La “Local Government Act” (2000) establece una forma de gobierno sustancialmente uniforme, de *cor-te ejecutivo*, con claro protagonismo del Alcalde (o presidente de condado). Mayor diversidad hay en la organización de la “administración” local, con una clara tendencia hacia la *gerencialización* (dirección de los servicios administrativos por directivos profesionales, no electos)¹¹.

7. En Alemania se constata un *elevado nivel de diferenciación* en la organización del gobierno local. Aunque el ámbito de esa diferenciación es fundamentalmente estatal: es de las leyes de cada *Land*, y no cada entidad local, de donde proviene la diferenciación. Atendiendo primero a la organización “externa”, o planta del gobierno local, se observa que la Constitución Federal (art. 28 II GG) se limita a **garantizar la existencia institucional** y la autonomía tanto de los municipios (*Gemeinde*) como de las comarcas (*Kreise*). Pero más allá de esta garantía existencial, la Constitución no establece cuál ha de ser la concreta combinación de municipios y comarcas en las distintas partes del territorio alemán¹². Esta tarea corresponde exclusivamente a cada *Land*. A veces, la Constitución del *Land* contiene algunas determinaciones específicas sobre la planta local: por ejemplo, garantizando también la autonomía (constitucional) de las entidades locales finalistas,

10. D.WILSON y CH. GAME, *Local Government...*, p. 73

11. D.WILSON y CH. GAME, *Local Government...*, ^ 93 y ss.

12. Véase E. SCHMIDT-ASSMANN, “Kommunalrecht”, en E. SCHMIDT-ASSMANN (Director), *Ven-vallungsrecht*, 12. ed. De Gruyter, Berlín, 2003, p. 22.

creadas voluntariamente por los municipios (*Zweckverbände*)¹³. Pero más allá de estas limitadas previsiones constitucionales, la *planta local* está definida y regulada en las leyes de régimen local de cada “Land”. Del conjunto de leyes de los distintos *Länder* (y dejando a un lado el caso singular de las ciudades-estado) se pueden identificar tres tipos definidos de planta local: a) organización local a dos niveles (municipio y comarca); b) organización local mononivel: es el caso de las “ciudades sin comarca”, esto es, municipios medianos o grandes (normalmente, de más de cien mil habitantes) donde todas las funciones locales se ejercen por los municipios (o, en su caso, por mancomunidades creadas por estos); y por último adición de otras organizaciones locales complementarias del municipio y la comarca (como los distritos ó *Bezirke* en Baviera), normalmente para tareas muy limitadas (cultura, asistencia social)¹⁴. El dato más relevante de esta tipología de organizaciones locales está precisamente en que la planta local se adapta a las características de los asentamientos humanos: fundamentalmente, evitando el solapamiento funcional entre grandes o medianas ciudades y las comarcas. Esto es, las entidades locales supramunicipales sólo están presentes allí donde la escala de los municipios no permite el ejercicio efectivo de las tareas locales. De otro lado, en lo que hace a la *organización interna* de las entidades locales, se observan notables diferencias entre los distintos *Länder* (aunque siempre con una tendencia, propia del federalismo cooperativo alemán, a que las fórmulas organizativas más eficientes acaban siendo adoptadas por todos los *Länder*). Todas las entidades locales territoriales (municipios y comarcas) tienen, en primer lugar, una *asamblea de electos*, donde se residencian las decisiones de mayor trascendencia para el municipio. Pero más allá de este órgano representativo, las estructuras de gobierno son bien diversas en los distintos *Länder*¹⁵. Así, la figura del *Alcalde* -aun siendo común a todos los municipios- presenta perfiles muy diferentes en los distintos *Länder*: hay alcaldías más presidenciales y alcaldías más ejecutivas; y hay alcaldes de elección directa por los vecinos (originariamente en los *Länder* del sur, extendiéndose por toda Alemania) y alcaldes de elección indirecta, por los concejales (sistema ya tendencialmente residual)¹⁶. También, no todos los Ayuntamientos cuentan con

13. Así, art. 71.1 de la Constitución de Baden-Württemberg

14. J.-CH. PIELOW, “Las estructuras del gobierno local en un marco federal: la asimetría y las singularidades”, en *Anuario del Gobierno Local 1999/2000*, Barcelona, 2000, pp. 95 y ss (pp. 104 y ss).

15. M. BURGI, *Kommunalrecht*, Beck, 2006, pp. 115 y ss.

16. S. DIEZ SASTRE, “La elección directa del Alcalde en Alemania”, en *Anuario del Gobierno Local 2004*, Barcelona, 2005, pp. 233 y ss.

un *órgano ejecutivo colegiado* (comisión de gobierno o similar) y donde los hay, sus funciones no son homologas. Finalmente, en algunos *Länder* tiene especial peso la figura del “director” municipal, cargo directivo (no electo) a quien propiamente está encargado la dirección y el buen funcionamiento de los servicios municipales. En suma, las diferencias en la organización “interna” de las entidades locales son verdaderamente relevantes, pero se trata sobre todo de una *heterodiferenciación*, esto es, establecida por cada *Land* y no por cada entidad local en ejercicio de su poder de autoorganización.

8. La organización local en *Italia* presenta, aún hoy, un *alto nivel relativo de homogeneidad*. Y ello pese a la reforma constitucional de 2001 y la posterior Ley 131/2001, por la que se delega en el Gobierno la adecuación del régimen local a la reforma constitucional de 2001 (art. 2). En cuanto a la “planta local”, el nuevo art. 114 de la Constitución equipara formalmente a los municipios, áreas metropolitanas, provincias y regiones. La diferenciación en sede constitucional se limita a la previsión de un estatuto de capitalidad para Roma, si bien esta previsión aún no ha tenido ningún resultado concreto. De otro lado, en la distribución de competencias entre la República y las regiones, la materia “órganos de gobierno” se define como de competencia exclusiva de la República (art. 117.2 p) de la Constitución), lo que limita las posibilidades de diferenciación local a escala regional. También se puede hablar de un *alto nivel de homogeneidad en la organización “interna”* de las entidades locales italianas. De nuevo, la competencia exclusiva sobre “gobierno local” de la República limita la diferencia en la organización interna provincial o municipal. De hecho, el actual “*Texto Único degli Enti Locali*” (Decreto legislativo n. 267, de 18 de agosto de 2000) regula con notable extensión e intensidad la organización interna, tanto municipal como provincial. Esta situación de alta homogeneidad organizativa contrasta con una doctrina, muy extendida, que eleva la posición jurídica del Estatuto Municipal (funcionalmente similar al Reglamento Orgánico español)¹⁷ al considerar que su posición en el ordenamiento jurídico, en relación con las leyes, no es de jerarquía sino de competencia¹⁸. En suma: alta cualificación jurídica para el poder de autoorganización municipal, pero poco ámbito material real para su ejercicio.

17. A. GALÁN GALÁN, *El Reglamento orgánico local*, INAP, Madrid, 2004, pp. 23 y ss.

18. P. BILANCIA, “The normative autonomy of local government in Italy”, en N. STEYTLER (editor), *The place and role of local government in federal systems*, Konrad Adenauer-Stiftung, Johannesburg, 2005, pp. 169 y ss (p. 172).

9. En términos comparados se puede afirmar hoy que la *organización local española presenta un bajo nivel de diferenciación*. Con la excepción de las Comunidades Autónomas uniprovinciales, insulares y forales, la “planta local” es hoy altamente uniforme. Más próxima a Italia que al Reino Unido o Alemania. La existencia de comarcas en algunas Comunidades Autónomas (Cataluña y Aragón) no altera el eje uniforme de *gobierno local a dos niveles* (municipio y provincia), basado en la idea de amplias competencias municipales y tareas provinciales de asistencia a los municipios con más dificultades para el ejercicio de sus competencias o prestación de sus servicios. Más adelante se abordarán las nuevas posibilidades de organización de la planta local que abren los nuevos Estatutos de Autonomía. De otro lado, en cuanto a la *organización interna*, hay que diferenciar entre la regulación de los órganos de gobierno y la de la organización administrativa. La configuración de los órganos de gobierno (Alcalde, Tenientes de Alcalde, Pleno y Junta de Gobierno) es sustancialmente homogénea para toda España (art. 20 LBRL) y -como luego se verá- las escasas diferenciaciones se contienen en las propias leyes del Estado, bien para un tipo concreto de municipios (“municipios de gran población”), bien para Madrid y Barcelona. Más diversa es la organización propiamente administrativa, como consecuencia del poder de autoorganización administrativa de cada entidad local (art. 4.1 a) LBRL). La situación así descrita puede experimentar algunos cambios importantes en un futuro próximo. Se puede augurar: de un lado, un mayor nivel de diversidad en la “planta local” en las distintas Comunidades Autónomas; y, de otro lado, una mayor diferenciación en la organización del gobierno y la administración local, tanto por decisión autonómica como propiamente local.

III. UNIFORMIDAD, DIFERENCIACIÓN Y AUTONOMÍA A TRAVÉS DEL SISTEMA DE FUENTES

10. En términos de racionalidad económica o política se puede proponer o rechazar un mayor nivel de diferenciación en la organización local española. Pero más allá de esa discusión de oportunidad (política o económica) el enfoque jurídico de la diferenciación ha de canalizarse a través del sistema de fuentes del Derecho local. En términos jurídicos se trata de determinar, por tanto, quién puede diferenciar y hasta dónde se puede distinguir. Son preguntas que han de contestarse a partir de una comprensión completa del sistema de fuentes del Derecho local. Con esta pers-

pectiva hay que tener en cuenta que la diferenciación en la organización local actúa como un sistema de vasos comunicantes; pues *las posibilidades de diferenciación son finitas*. Así que: cuanto más diferencia una norma superior, menos pueden hacerlo las inferiores o subordinadas; y cuanto más heterodiferenciación, menos autonomía local.

I. Constitución

11. La Constitución española sólo contiene *opciones organizativas elementales*, por lo que la diferenciación en la “planta local” y en la organización interna de las entidades locales queda en gran medida referida a las leyes y al ejercicio de la autonomía autoorganizativa de cada entidad local. Entre lo que sí decide la Constitución se cuenta: la existencia necesaria de municipios y provincias e islas (arts. 137, 140 y 141.2 y 4 CE); la posible existencia complementaria de otras entidades locales (art. 141.3 CE); la ordenación del gobierno local conforme al principio democrático (arts. 140 y 141.1 CE); la existencia de un ámbito necesario de autonomía organizativa de las entidades locales (art. 137 CE); y algunas opciones elementales de organización interna para municipios, provincias e islas (arts. 140, 141.2 y 4 CE). Distingamos aquí entre municipios y provincias.

12. En primer lugar, el art. 137 CE garantiza la *existencia de los municipios*. No de cada municipio, sino de un tipo de entidad local caracterizada por su proximidad inmediata a los ciudadanos. Además, el art. 140 CE adopta algunas opciones organizativas mínimas. Así, el gobierno municipal mediante Alcalde y concejales electos. La Constitución deja abierta la forma de elección del Alcalde (directa o indirecta), la configuración o no de un órgano representativo colegiado y la existencia -o no- de órganos colegiados ejecutivos (comisión de gobierno o junta de gobierno). Dos cuestiones merecen ahora un tratamiento más detenido:

a) Se ha puesto en duda recientemente la constitucionalidad de que una Ley (en concreto, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local) autorice la inclusión en la Junta de Gobierno Local (órgano ejecutivo colegiado) de *personas que no ostentan la condición de concejal* (actual art. 126.2 LBRL, referido a los “municipios de gran población”). Se ha afirmado, en este sentido, que el mandato del art. 140 CE es claro y que impone que el gobierno municipal se ejerza, necesariamente, a través de cargos electos (Alcalde o concejales). Una objeción

constitucional como la descrita parece rechazable¹⁹. Fundamentalmente, porque parte de la premisa de que el art. 140 CE contiene una opción organizativa completa, lo cual no es propiamente deducible del mencionado precepto. La Constitución se refiere a dos tipos de cargos representativos (Alcalde y concejales) pero no les da forma jurídico-organizativa alguna. Nada dice sobre la posible existencia de un órgano colegiado ejecutivo (Junta de Gobierno Local) y menos aún sobre su composición. Del art. 140 CE sólo se puede extraer claramente que no puede haber gobierno ni administración municipal al margen de los cargos representativos directos, Alcalde y concejales. Pero nada dice la Constitución sobre la forma en que esos cargos electos ejercen sus competencias: si siempre directamente, a través de órganos colegiados o unipersonales, o mediante posible desconcentración o delegación en otros órganos. Todas éstas son opciones organizativas abiertas a la ley o a las normas municipales. Entre las posibles opciones organizativas está la creación de un órgano colegiado ejecutivo (Junta de Gobierno) como el regulado en el art. 126 LBRL: dirigido por el Alcalde y con posible integración de no-concejales. En la medida en que el Alcalde preside y dirige la Junta de Gobierno, y nombra y separa libremente a sus miembros, el gobierno municipal no ha quedado al margen de cargos electos (en este caso, Alcalde) tal y como impone el art. 140 CE.

b) Mayores dudas se pueden encontrar en las formas consorciales para la gestión de ciertos servicios públicos, según prevén diversas leyes autonómicas. Piénsese en el consorcio de transportes de Madrid (Ley 5/1985, de 16 de mayo, de creación del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid.); o en los “consorcios legales” de la Generalidad y el Ayuntamiento de Barcelona (art. 61 de la Ley 22/1998, de 29 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona). En estos casos, las competencias municipales se gestionan por organizaciones de las que forman parte los Ayuntamientos, entre otros sujetos, públicos o privados. Por tanto, el ejercicio de aquellas competencias municipales no es plenamente reconducible a los cargos electos locales (Alcalde y concejales). Esta opción organizativa (excepcional, conforme al art. 140 CE) se puede justificar en supuestos de interés supralocal o de competencias concurrentes. En primer lugar, es admisible que en supuestos de interés supralocal la

19. M. SÁNCHEZ MORÓN, “Observaciones sobre el régimen de organización de los “municipios de gran población””, en *Justicia Administrativa*, 25 (2004), pp. 5 y ss (pp. 12 y 13); También, F. VELASCO y S. DIEZ SASTRE, “Régimen jurídico organizativo de los municipios de gran población”, en *Justicia Administrativa*, 28 (2005), pp. 15 y ss (p.34).

Ley no atribuya competencias propias directamente a los municipios sino precisamente al consorcio. También se puede admitir el consorcio como forma organizativa para la gestión de competencias concurrentes (en el marco del art. 10.2 LBRL). Ahora bien, el art. 140 CE objeta aquellos consorcios que suponen un traslado completo de una competencia sectorial municipal (y por tanto, no sólo de los aspectos de alcance supramunicipal o que entran en concurrencia con competencias de otras Administraciones públicas). En estos casos las competencias municipales no son reconducibles a los cargos electos de cada Ayuntamiento, y de ahí su posible cuestionamiento ex art. 140 CE. Se manifiestan aquí, según se observa, los problemas estructurales de la “Administración mixta”²⁰.

13. La Constitución también garantiza la existencia de las provincias (art. 141 CE). Y adopta dos decisiones organizativas básicas: Primero, que cada provincia es, simultáneamente, una “agrupación de municipios” y una “división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado” (art. 141.1 CE). En segundo lugar, el gobierno y la administración provincial ha de ejercerse por órganos representativos (art. 141.2 CE), aunque no necesariamente por órganos de elección democrática directa. Ambas opciones constitucionales, pese a su concisión, son trascendentes para la organización provincial. Pues, de un lado, *la Constitución veta toda configuración estatutaria o legal de las provincias que les priven de su condición de entidad local* (agrupación de municipios). Y de otro lado, la forma organizativa de las provincias queda ampliamente abierta a la configuración legal.

14. Suscita algunas dudas la regulación de las veguerías en el actual Estatuto de Autonomía de Cataluña. En este Estatuto no se hace mención alguna a las provincias, como integrantes de la “planta local” de Cataluña. Y sí se prevén las veguerías, de las que se dice que “sustituyen a las Diputaciones” (art. 91.3 EAC), aunque al mismo tiempo se afirma que la posible modificación de los límites provinciales se regirá por lo dispuesto en el art. 141.1 CE. Pese a la complejidad estructural del art. 91 EAC se puede sostener -en una interpretación del Estatuto catalán conforme a la Constitución- que *las veguerías son las provincias en Cataluña* (a diferencia de las comarcas previstas en el art. 92 EAC, que son entidades locales propiamente estatutarias). A estas veguerías-provincias les añade el Estatuto de Cataluña una tarea legítima, aunque no prevista en la Constitución: ser la

20. Una aproximación, en E. NIETO GARRIDO, “La gestión compartida del aeropuerto de Barcelona-El Prat. Reflexiones”, en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, 4 (2007), pp. 185 y ss.

“división territorial adoptada por la Generalitat para la organización territorial de sus servicios” (art. 90.1 EAC). Las posibilidades organizativas de estas veguerías en Cataluña es amplísimo²¹: pueden presentar estructura concentrada o desconcentrada, y descentralizada o centralizada; y pueden recibir competencias sustantivas o sólo asistenciales. La opción organizativa vedada por la Constitución es precisamente la desagregación de la doble condición de la provincia como entidad territorial supramunicipal y como división territorial estatal. En otros términos, no cabe en la Constitución que la provincia pase a ser, en una determinada Comunidad Autónoma, únicamente una circunscripción electoral o de la Administración periférica del Estado. Pues la Constitución ha optado claramente por la doble condición (estatal y local) de la provincia. Cabe que un Estatuto de Autonomía le agregue funcionalidad autonómica, pero no que desagregue la dimensión estatal y local de la provincia. En estos términos, es necesario entender que las veguerías a que se refiere el art. 91.3 EAC, que sustituyen a las diputaciones, es la forma específica de las provincias en Cataluña, con la regulación específica que resulte de las leyes de régimen local del Parlamento catalán, conforme a lo previsto en los arts. 151 y 160 EAC.

15. Más allá de las opciones organizativas directas, la Constitución también dispone que *la organización interna local no es plenamente disponible por la Ley*. Con el reconocimiento constitucional de la autonomía local (art. 137 CE) la Constitución establece dos determinaciones organizativas para las entidades locales²²: de un lado, la Constitución garantiza de forma inmediata, y para cada entidad local, un mínimo de autonomía organizativa. Y de otro lado, más allá de ese *mínimo o núcleo esencial de autonomía* -indisponible por el legislador- la Constitución contiene un *mandato de optimización de la autonomía local*; esto es, una orden o instrucción a todos los poderes públicos (y especialmente a los poderes legislativos) para que eleven al máximo de lo constitucionalmente posible el mínimo de autonomía organizativa que directamente garantiza la Constitución.

a) Como vengo diciendo, la Constitución sólo garantiza de forma directa un “estándar mínimo” de autonomía municipal, y encarga a la Ley que eleve ese estándar al máximo de lo constitucionalmente posible. Resulta

21. F. VELASCO, “Autonomía local y subsidiariedad en la reforma de los Estatutos de Autonomía”, en *Anuario del Gobierno Local 2004*, Barcelona, 2005, pp. 117 y ss. (p. 128).

22. F. VELASCO CABALLERO, “Estatutos de Autonomía, Leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes”, en *Anuario del Gobierno Local 2005*, Barcelona, 2006, pp. 126-128.

especialmente complejo determinar en positivo qué poder de autoorganización garantiza de forma directa la Constitución. Lo que sí se puede afirmar es que ese “estándar mínimo” de autonomía organizativa no supone un poder de disposición completo sobre la propia organización. Por de pronto, *la garantía constitucional de autoorganización municipal no incluye la definición general de la “forma de gobierno”* (eso es la definición de las relaciones entre los órganos representativos y los órganos ejecutivos). La configuración normativa de la “forma de gobierno local” es tarea que corresponde fundamentalmente al Estado; así resulta de la conjunción del título competencial básico del art. 149.1.18 CE (competencia básica sobre el régimen de la Administración local) y la conexión elemental de la “forma de gobierno local” con el derecho fundamental de representación política (art. 23.1 CE), que ha de ser reconocible como sustancialmente igual en toda España (STC 247/2007, FFJJ. 4 c) y 13 a). En este ámbito de la “forma de gobierno local” tanto el poder autonómico como el poder local de autoorganización disponen de un margen de regulación limitado. Lo que sí se puede considerar dentro de la garantía constitucional directa de autoorganización es el *poder de cada municipio para completar y adaptar a las singularidades de cada ciudad o pueblo la “forma de gobierno” municipal establecida por la Ley*. No sería éste un poder atribuido por la Ley sino un poder con anclaje constitucional directo. Más extenso e intenso es el alcance de la autonomía organizativa local, derivada directamente del art. 137 CE, cuando se trata de regular no ya la “forma de gobierno local” sino la organización propiamente administrativa de las entidades locales.

b) Más allá del “estándar” constitucional mínimo de autoorganización local, la Constitución ordena a todos los poderes públicos (y entre ellos al legislador) la consecución de los máximos niveles posibles de autonomía local. Esta segunda dimensión de la garantía constitucional de autonomía local resulta especialmente relevante como canon interpretativo de las Leyes sobre régimen local. Las leyes pueden, ciertamente, configurar la estructura orgánica general de los ayuntamientos, diputaciones provinciales y cabildos. Pueden definir y regular, sin duda, cuáles son los órganos a través de los cuales se ejerce el poder local. Pueden determinar su composición, funciones y relaciones. Pero al mismo tiempo hay que recordar que esa labor de configuración legal ha de entenderse bajo la vigencia del “principio de autonomía local”. Esto conduce a afirmar que la imposición de una misma organización o “forma de gobierno” a todos los Ayuntamientos es una posibilidad legal que ha de interpretarse siempre de forma

estricta. Así lo exige la interpretación de la Ley conforme a la Constitución (en este caso, conforme al principio constitucional de autonomía local). De forma que allí donde la Ley no ha optado de forma expresa y precisa por una determinada forma organizativa, la interpretación normativa debe conducir siempre a considerar esa cuestión organizativa como no regulada por la Ley, y por tanto abierta a la potestad de autoorganización local garantizada por la Constitución.

2. Carta Europea de la Autonomía Local

16. El art. 6.1 de la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (ratificada por España en 1988) contiene una *opción de principio por la diferenciación organizativa de origen local* (autodiferenciación). Dice el mencionado art. 6.1 CEAL que: “Sin perjuicio de las disposiciones más generales creadas por la Ley, las entidades locales deben poder definir por sí mismas las estructuras administrativas internas con las que pretenden dotarse, con objeto de adaptarlas a sus necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz”. La mención a las “leyes generales” de la CEAL puede interpretarse como una exclusión de las Leyes de régimen local de caso único, de forma similar a lo que también ha declarado nuestro Tribunal Constitucional, aunque sólo en relación con las leyes autonómicas (STC 214/1989, FJ 11). Quedarían así en entredicho los tradicionales “régimenes de carta” provenientes de la legislación de régimen local de 1955, con continuidad en la LBRL (véase su Disposición Adicional 6ª en relación con Madrid y Barcelona) y hasta hoy (Ley catalana 22/1998, de Carta Municipal de Barcelona; Ley estatal 2/2006, de Régimen Especial para el municipio de Barcelona; y Ley 22/2006, de Capitalidad y de Régimen Especial de Madrid). Formalmente, y de acuerdo con el art. 96 CE, todas las normas de Derecho interno contrarias al art. 6.1 CEAL serían inaplicables. Ahora bien, como se ha señalado en la doctrina, la CEAL no contiene propiamente normas condicionales, determinadas y precisas, sino más bien normas “principiales”²³ o simples “reservas internacionales de Ley”²⁴. En consecuencia, la opción de la CEAL por la “autodiferenciación organizativa local” ha de

23. J. L. REQUEJO PAGÉS, “El valor de la Carta Europea de la Autonomía local en el ordenamiento español”, en F. CAAMAÑO (Director), *La autonomía de los entes locales en positivo*, Barcelona, 2003, pp. 15 y ss.

24. B. SCHAFFARZIK, *Handbuch der Europäischen Charta der Kommunalen Selbstverwaltung*, Booberg Verlag, Stuttgart, 2001, p. 94.

ser vista más como un objetivo que como una exclusión absoluta de toda singularización en la organización interna local decidida por la Ley. Dicho esto, la mayor relevancia del art. 6.1 CEAL proviene de su eficacia como. La especial posición jurídica de los Tratados internacionales en nuestro Derecho interno (art. 96 CE) impone una interpretación de las leyes (y normas infralegales) que pueda resultar conforme con el propio Tratado internacional, pues de esta manera se evita el desplazamiento aplicativo de la Ley frente al tratado. Bajo esta premisa se puede sostener que las disposiciones organizativas de las leyes han de interpretarse de una manera estricta (o restrictiva). Esto es, identificando un espacio de regulación local donde pueda plasmarse la autodiferenciación que garantiza el art. 6.1 CEAL. Véase con un ejemplo: el art. 126.4 LBRL escinde la Secretaría General del Ayuntamiento en dos órganos: Secretaría General del Pleno y “órgano de apoyo al secretario de la Junta de Gobierno Local”. Ahora bien, esta opción organizativa legal ha de interpretarse que deja abiertas distintas opciones organizativas de cada Ayuntamiento; y entre ellas, la de cómo reflejar aquella diversidad orgánica en la Relación de Puestos de Trabajo de cada Ayuntamiento. Cabría optar, en este sentido, por que la diferenciación orgánica impuesta por la Ley no determinara (de forma provisional o definitiva) una diferenciación de puestos de trabajo (esto es, que desde el punto de vista funcional una mismo empleado público realizara las funciones propias de los dos órganos).

3. Estatutos de Autonomía

17. En términos generales, los nuevos Estatutos de Autonomía promueven la diferenciación organizativa local. Desde dos perspectivas: de un lado, las Comunidades Autónomas reciben nuevas competencias en materia local, lo que bien puede llevar a un mayor nivel de diversidad organizativa en el conjunto de las entidades locales de España. De otro lado, los propios Estatutos de Autonomía garantizan directamente la autonomía local e incluyen expresamente en ella el poder de autoorganización. Esta segunda opción estatutaria debe conducir a limitar el alcance de la diferenciación organizativa de origen autonómico, a fin de que cada entidad local disponga de un campo de acción suficiente para el ejercicio de su poder de autoorganización. Como se ve, las dos nuevas decisiones estatutarias (más competencias autonómicas y garantía directa del poder de autoorganización) se encuentran en una relación de tensión; y el resultado

final de esa tensión estará en directa relación con el alcance de la legislación organizativa del Estado.

18. Tomando como referencia los nuevos Estatutos de Cataluña y Andalucía se puede observar que *prima facie* se mantiene la situación competencial existente en materia organizativa. En lo que hace a la “planta local”, cada Comunidad mantiene un amplio poder configurador, con el límite de las garantías constitucionales de existencia de los municipios y provincias (arts. 59 EAA; y 151 EAC). Más arriba ya se hizo referencia a la posición singular de la vejería en el Estatuto de Cataluña. En lo que se refiere a la *organización interna* de las entidades locales, el Estado mantiene su competencia básica sobre organización del gobierno local (art. 149.1.18 CE). Y tanto Cataluña como Andalucía reciben la competencia de desarrollo del régimen básico estatal y la competencia exclusiva sobre “órganos complementarios” (arts. 160 EAC y 60.1 EAA). Las claves del nuevo sistema de distribución competencial -y por tanto del grado de diversidad organizativa con base autonómica- está precisamente en el *significado de la expresión “órganos complementarios”*. Desde luego que esta expresión no se encontraba en los estatutos de autonomía precedentes; aunque sólo fuera porque describían las competencias autonómicas de una manera mucho más escueta (“régimen local”). La expresión “órganos complementarios” proviene en realidad de la LBRL cuando, después de precisar que el Alcalde, el Teniente de Alcalde y el Pleno existen en todos los ayuntamientos (art. 20.1 LBRL) establece que “las leyes de las comunidades autónomas sobre el régimen local podrán establecer una organización municipal complementaria...” (art. 20.2 LBRL), y a ello se añade que “los propios municipios, en los reglamentos orgánicos, podrán establecer y regular otros órganos complementarios...” (art. 20.3 LBRL). Estas referencias positivas, en su paso por el control de constitucionalidad (STC 214/1989) determinaron la asunción del par de conceptos “órganos necesarios” (cuya regulación corresponde al Estado) y “órganos complementarios” (de competencia autonómica o local). Pero téngase en cuenta, en todo caso, que la referencia a los “órganos necesarios” o “complementarios” no era propiamente una categoría de distribución de competencias en la Constitución o en los Estatutos de Autonomía. Era una descripción de la realidad legislativa creada por la LBRL. Por ello mismo, la utilización de la expresión “órganos complementarios” en los nuevos Estatutos de Autonomía no puede trasladar miméticamente el estado de la regulación de la organización local en la LBRL. En otros términos: “órganos complementarios” no pueden ser ya,

sin más, los órganos no regulados en la LBRL; “órganos complementarios” es ahora una expresión delimitadora de competencias en los Estatutos de Autonomía, y por ello debe presentar un contenido normativo propio. Una propuesta interpretativa para la categoría normativa de “órganos complementarios” puede partir de la distinción entre la “forma de gobierno local” y la “organización administrativa” también local. La “forma de gobierno local” se refiere a las formas de articulación de órganos representativos y órganos ejecutivos; y aquí la competencia básica estatal es especialmente intensa: se trata de concretar orgánicamente el principio democrático de municipios y provincias (arts 140 y 141.1 CE) y el derecho fundamental de representación (art. 23.1 CE). Más allá de la “forma de gobierno” se encuentra la organización administrativa local (justamente complementaria y al servicio de la forma de gobierno general establecida por el Estado). Éste es, en principio, el contenido propio del título competencial “órganos complementarios” y donde, por tanto, la regulación de cabecera es tarea de las Comunidades catalana y andaluza.

19. Los nuevos Estatutos de Cataluña y Andalucía también favorecen la diversidad organizativa mediante el *reconocimiento expreso del poder de autoorganización*, aunque sólo en relación con los municipios y no con las provincias (arts. 91.3 EAA y 87.1 EAC).

a) Los dos Estatutos de Autonomía hablan ahora de “plena capacidad de autoorganización dentro del marco de las disposiciones generales establecidas por ley en materia de organización y funcionamiento municipal”. Este poder de autoorganización municipal es necesariamente superior al “estándar” mínimo de autonomía organizativa municipal que garantiza directamente la Constitución. El poder de organización es ahora “pleno”, no “mínimo”, y su único límite expreso está en las “disposiciones generales establecidas por la ley”, expresión está casi idéntica a la del art. 6.1 CEAL y que, en coherencia con lo antes dicho, proscribire con carácter general la existencia de normas organizativas autonómicas de rango inferior a la Ley o de caso único (salvo, obvio es, cuando el propio Estatuto prevé una Ley singular, como es el caso de Barcelona en el art. 89 EAC). Combinando los nuevos títulos competenciales autonómicos sobre régimen local y el reconocimiento expreso del poder de autoorganización municipal se puede formular la siguiente propuesta de articulación del poder organizativo: *al Estado corresponde una regulación básica centrada en la “forma de gobierno municipal”* (composición, funciones y sistemas de relación entre el Pleno y el ejecutivo municipal). Además, *cada Comunidad Autónoma* dispone de un

ámbito limitado para el desarrollo normativo de la “forma de gobierno municipal”; no sólo por lo extenso de la competencia estatal sino también por el necesario reconocimiento de un ámbito propio para la autoorganización municipal. Finalmente, también es limitado el ámbito de regulación de cada entidad local sobre su “forma de gobierno”. Distinto es el esquema de distribución competencial en la *organización administrativa municipal* que complementa la “forma de gobierno local”: aquí *la competencia estatal es muy limitada* y hay un amplio campo para la regulación autonómica, que actúa en relación con cada municipio concreto como una suerte de legislación básica, susceptible de desarrollo y complemento normativo por cada Ayuntamiento.

b) Bien distinto es el esquema de distribución del poder para las provincias. Aquí, a falta de mención expresa en los Estatutos de Autonomía, el poder de autoorganización garantizado frente a la Ley es únicamente el “estándar” mínimo que resulta del art. 137 CE (autonomía local). Más allá, las Leyes de cada Comunidad Autónoma puede establecer con amplio poder de configuración la estructura organizativa provincial.

20. Según se ha expuesto, los nuevos Estatutos de Cataluña y Andalucía abren un espacio normativo nuevo para la diferenciación en la organización local. Dada la vigencia actual de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, y que no todos los Estatutos de Autonomía siguen la pauta de Cataluña y Andalucía, se plantea ahora una grave cuestión sobre la articulación de las nuevas posibilidades organizativas (autonómicas y locales) y la regulación organizativa básica del Estado. Como punto de partida hay que señalar que incluso los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía contienen algunas diferencias relevantes entre sí, en cuanto a las relaciones ordinamentales en materia local. El Estatuto de Andalucía, luego de atribuir el régimen de los órganos locales complementarios en exclusiva a la Comunidad Autónoma, precisa que en esta materia se aprobará “una ley de régimen local, en el marco de la legislación básica del Estado” (art. 98 EAA). Nada parecido contiene el Estatuto de Cataluña. Conforme al propio tenor del Estatuto andaluz -y teniendo a la luz el amplísimo juego que las llamadas “cláusulas sin perjuicio” han dado hasta hoy en la jurisprudencia constitucional- se puede afirmar que *el Estatuto andaluz contiene una autorestricción en la definición de sus competencias exclusivas sobre organización local*: es el propio Estatuto andaluz quien condiciona el ejercicio de la competencia exclusiva autonómica a lo que resulte de la competencia básica estatal ex art. 149.1.18 CE. En otros términos, el Esta-

tuto andaluz no encuadra el ejercicio de la competencia básica estatal ex art. 149.1.18 CE sino que, bien al contrario, somete la competencia exclusiva autonómica a lo que en cada momento el legislador estatal considere como básico en materia organizativa. Podríamos decir aquí, a resultas del art. 98 EAA, que las competencias de Andalucía sobre “órganos complementarios” locales no son verdaderamente exclusivas, sino compartidas. Bien distinta es, a mi juicio, la regulación del Estatuto catalán.

21. Pese a la aparente similitud entre los Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía, lo cierto es que el Estatuto catalán no contiene una norma similar a la del art. 98 EAA. Por eso, se puede considerar que la materia “órganos complementarios” locales es una verdadera competencia exclusiva de la Comunidad catalana. Sentada esta premisa, hay que concluir que, desde la aprobación del nuevo Estatuto, el Parlamento catalán puede regular acabadamente la organización administrativa interna de las provincias o municipios, así como las estructuras organizativas *supra* e *infra* municipales. Piénsese, por ejemplo, en una organización desconcentrada de las provincias (a través de comarcas), en la promoción o no de los distritos en las grandes ciudades, en las organizaciones administrativas instrumentales (organismos autónomos y demás), en la creación de órganos directivos desconcentrados, o en la forma organizativa de la secretaría municipal. En estos ámbitos, *la Ley catalana podrá entrar en conflicto aplicativo con la legislación básica estatal* (sobre todo, con la regulación detallada de la organización administrativa municipal de los “municipios de gran población”). Y aunque una Ley autonómica no podrá en ningún caso derogar la regulación de la LBRL, sí podrá desplazar su aplicación en el territorio de Cataluña. Siendo válidas las opciones organizativas de la ley catalana (por responder a una competencia autonómica exclusiva) es el propio Estatuto de Cataluña el que determina la aplicación preferente de la ley catalana, frente a la legislación básica estatal. Lo que podrá ocurrir, eso sí, es que la legislación organizativa autonómica sea de tal extensión e intensidad que ciegue el margen de autorregulación local. En este caso, las leyes autonómicas podrán ser contrarias a los arts. 87.1 EAC (referido a los municipios) y al 160.1 EAC (referido a todas las entidades locales), ambos garantizadores de la autonomía local. Aquí no se estaría planteando ya un cuestión de selección de la norma aplicable (si la LBRL o la ley autonómica) sino una cuestión de validez estatutaria de la ley catalana, cuyo enjuiciamiento corresponderá en todo caso al Tribunal Constitucional (STC 247/2007, FJ 15 c).

4. Legislación básica estatal

22. Desde 1985, la organización local española presenta un alto nivel de homogeneidad. Más acusada en la regulación de la “forma de gobierno local” (configuración orgánica y funcional de los órganos “necesarios”: Alcalde, Teniente de Alcalde, Pleno, Junta de Gobierno); y menos intensa en la regulación propiamente administrativa (áreas de gobierno, organizaciones instrumentales) y en la ordenación de las estructuras *supra* e *inframunicipales* (de “alta interiorización” autonómica, según la STC 214/1989). Este esquema normativo se ha alterado de dos formas en tiempos más recientes. En primer lugar, mediante la distinción entre dos tipos de municipios: los “comunes” y los de “gran población”. Y en segundo lugar, mediante la singularización organizativa de Madrid y de Barcelona.

23. A partir de la Ley 57/2003, de Medidas de Modernización del Gobierno Local, se diferencia en el régimen local básico español entre los municipios ordinarios y los “municipios de gran población” (regulados ahora de forma especial en los arts. 121 y ss. LBRL). Y la diferencia entre ambos regímenes jurídicos es básicamente organizativa. Una diferenciación como la expuesta no tiene parangón en el Derecho comparado de nuestro entorno²⁵. Y se acomoda con dificultad a la competencia básica estatal sobre Administración local (art. 149.1.18 CE). No es de extrañar, por ello, su impugnación ante el Tribunal Constitucional. Desde luego, y en lo que hace al principio de diferenciación, de esa regulación resulta un estrechamiento de los márgenes autonómico y municipal para singularizar la organización administrativa interna. Se da la paradoja, incluso, de que ahora en algunas materias los municipios de régimen común (medianos y pequeños) disponen de mayor margen de autoorganización que los municipios de gran población (art. 24 *versus* art. 128.1 LBRL). Piénsese, simplemente, en la creación de distritos, que es potestativa para los municipios ordinarios y preceptiva para los “municipios de gran población”. Por lo demás, el resultado real de la singularización normativa de los “municipios de gran población” es de corto alcance. La diferenciación normativa es real allí donde previamente, con amparo más o menos claro en la LBRL, los municipios ya habían desarrollado formas organizativas adecuadas a sus dimensiones.

a) En cuanto a la regulación de los órganos de gobierno, la “parlamentarización” pretendida por la Ley 57/2003 tenía ya un cierto arraigo prác-

25. F. VELASCO y S. DIEZ SASTRE, *Régimen jurídico organizativo...*, p. 16.

tico en el funcionamiento de algunos grandes municipios. Así, la posición de la Comisión de Gobierno (ahora Junta de Gobierno) como verdadero órgano colegiado ejecutivo de gobierno, bajo la dirección política del Alcalde, y no como mero órgano de asistencia al Alcalde (según la definición del art. 23.2 LBRL). O las amplísimas delegaciones del Alcalde en algunos concejales, que reforzaban la imagen departamental del gobierno local y ofrecían una imagen presidencial (y escasamente administrativa) del Alcalde. También -al menos en los Ayuntamientos con una mayoría absoluta de gobierno- mediante la delegación generosa de competencias del Pleno en la Comisión de Gobierno (art. 22.4 LBRL), reforzando así la imagen de órgano colegiado ejecutivo de este órgano.

b) De otro lado, y en lo que se refiere a la organización propiamente administrativa, la *creación de distritos* (ahora preceptiva) ha consistido más bien en la adaptación (con más o menos alcance) de previas estructuras orgánicas desconcentradas, creadas al amparo del art. 24 LBRL, llamaránse barrios o distritos. Con la nota característica de que allí donde las estructuras territoriales desconcentradas presentaban poca relevancia real, tampoco han ganado en presencia en el nuevo sistema²⁶. Por lo que se refiere a la *Secretaría municipal* (ahora desgajada en Asesoría Jurídica, Secretaría del Pleno y órgano de apoyo al Secretario de la Junta de Gobierno), hay que señalar que en los municipios medianos y grandes ya era normal la existencia de una Asesoría Jurídica diferenciada de la Secretaría General (con reflejo específico en la estructura orgánica y en la Relación o Catálogo de Puestos de Trabajo). Y por último, en la organización económica de los grandes municipios ya se daban diversas formas de separación de las funciones de gestión tributaria respecto de la tesorería municipal. En suma, buena parte de las singularidades organizativas ya existentes en los grandes municipios, dispuestas al amparo de la competencia de autoorganización del art. 4.1 a) LBRL, han pasado a ser estructuras organizativas necesarias, dispuestas por legislación básica estatal.

24. La diferenciación organizativa impuesta por la legislación básica estatal presentaba ya escasa justificación jurídica en el momento de su aprobación (2003), y es causa ahora de graves problemas aplicativos. Tal y como se dijo ya más arriba, los nuevos Estatutos de Cataluña y Andalucía amplían

26. Como ejemplo, véase el caso de Bilbao en A. ZURITA "Los distritos de la villa de Bilbao", en C. PRIETO ROMERO y A. GALÁN GALÁN, *Los distritos: gobiernos de proximidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 442 y ss.

las competencias autonómicas sobre la organización administrativa municipal. Quedan ahora claramente en entredicho todas aquellas normas especiales para los “municipios de gran población” que, por referirse directamente a la organización administrativa municipal (“órganos complementarios”), caen claramente en la esfera de regulación autonómica. Una regulación básica estatal como la descrita está abocada a ser desplazada sistemáticamente por las Comunidades Autónomas. Por lo que, en última instancia, se hace necesario un replanteamiento de la función legislativa del Estado en lo que se refiere a la organización administrativa municipal.

25. El borrador de anteproyecto de nueva Ley del Gobierno y la Administración Local (BLGAL), ampliamente debatido en los últimos años (aunque finalmente no ha encontrado tramitación parlamentaria) corrige en gran medida la línea de diferenciación organizativa municipal desde el Estado. Y busca la coherencia con los nuevos Estatutos de Autonomía (art. 1.5 BLGAL). La regulación es, con carácter general, *más básica* y por tanto más fácilmente articulable con las posibles Leyes autonómicas de las Comunidades con nuevos Estatutos de Autonomía. Además, hay que considerar que el BLGAL pretende derogar tanto el Texto Refundido de Régimen Local de 1986 (Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local: TRRL) como el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Entidades Locales (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales: ROF), lo que acentúa la idea de regulación organizativa propiamente básica del Estado. Descendiendo a la regulación concreta del BLGAL, se puede apuntar lo siguiente:

a) *Se suprime la caracterización de un tipo especial de municipios* (los “municipios de gran población”). Y ello, en realidad, porque un parte de ese régimen local especial introducido por la Ley 57/2003 (la “parlamentarización” del gobierno local) se extiende ahora a los demás municipios. En lo que no se extiende a los demás municipios (sobre todo, la regulación de la organización administrativa subordinada a los órganos de gobierno) puede seguir vigente el actual régimen especial de los “municipios de gran población” (Disposición Transitoria Iª BLGAL), aunque entonces ya como opción de autoorganización municipal libremente modificable por cada Ayuntamiento. Solamente para algunas cuestiones muy singulares, como la inclusión de miembros no electos en la Junta de Gobierno Local, el BL-

GAL sigue manteniendo una diferenciación de origen básico estatal: sólo disponen de esta opción los municipios de más de 75.000 habitantes (art. 50.4 BLGAL)

b) La notable reducción en la densidad en la regulación organizativa estatal va acompañada, en algunas ocasiones, de una *opción directa por la autorregulación municipal*. Es el caso del art. 54.1 e) “in fine” del BLGAL, en el que se prevé que las competencias “administrativas” o “ejecutivas” del Pleno, que con carácter general el BLGAL reubica en la Junta de Gobierno Local, puedan permanecer en el Pleno del Ayuntamiento cuando así lo decida el Estatuto orgánico (Reglamento orgánico) de cada Ayuntamiento. La cuestión más relevante aquí es si la ley básica estatal puede llamar directamente a la regulación complementaria municipal; y si esa llamada puede excluir la regulación organizativa autonómica. Como es sabido, la STC 214/1989, FJ 6, dejó sentado que la Ley básica de régimen local no puede alterar las reglas de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Y por lo mismo, una Ley básica estatal no puede excluir la regulación autonómica en una materia que estatutariamente le corresponda. Desde esta perspectiva, existiendo competencia autonómica sobre organización local (bien exclusiva, bien compartida), la Ley básica estatal no puede excluir la regulación de las funciones del Pleno por cada Comunidad Autónoma. Y por tanto, no puede remitir de forma excluyente a favor del Estatuto orgánico municipal la ubicación definitiva de las competencias “ejecutivas” del Ayuntamiento, si en el Pleno o en la Junta de Gobierno. Ningún impedimento hay (y esto no es una contradicción) para que la Ley básica estatal renuncie a fijar de forma inamovible el órgano de gobierno competente para el ejercicio de competencias municipales “ejecutivas”; y que garantice la autonomía municipal es esa determinación. Pero esa posible remisión de la Ley estatal al Estatuto orgánico municipal no puede impedir que cada Comunidad Autónoma -en ejercicio de su competencia de desarrollo legislativo- establezca la forma y los criterios conforme a los cuales los Ayuntamientos podrán definir las funciones “administrativas” o “ejecutivas” del Pleno y de la Junta de Gobierno Local.

26. Sin perjuicio de la apreciable tendencia general del BLGAL hacia lo propiamente básico, algunos de sus preceptos son de difícil encaje con los nuevos Estatutos de Autonomía. Es el caso de la imposición de algunas formas orgánicas sin clara justificación, como las comisiones informativas del Pleno (art. 50.5 BLGAL); o la regulación en el art. 76 BLGAL de la organización instrumental del Ayuntamiento (organismos autónomos, en-

tidades públicas empresariales) más conectada a la gestión de los servicios locales que a la forma de gobierno municipal. O por último la regulación parcial de las entidades locales no necesarias, como las mancomunidades (art. 4 BLGAL), las asociaciones municipales (art. 5 BLGAL) o las entidades locales menores (art. 6 BLGAL). Regulaciones todas ellas que entran en conflicto con las competencias autonómicas en los nuevos Estatutos de Autonomía de Cataluña y Andalucía y que pueden determinar -al menos en Cataluña- el desplazamiento territorial de la legislación básica estatal.

5. Leyes autonómicas

27. La diferenciación de origen autonómico en la organización local es, en general, de corto alcance. En la actualidad todas las Comunidades Autónomas disponen de competencia legislativa sobre régimen local, sea ésta formalmente exclusiva o simplemente compartida. Sin embargo, la relevancia real de estos títulos competenciales sigue siendo aún hoy muy limitada. De ahí que la diferenciación organizativa sea generalmente escasa. De un lado, aún hoy hay Comunidades Autónomas que carecen de una regulación propia del régimen local (el caso más llamativo es el País Vasco, que dispone de competencia “exclusiva” sobre régimen local: art. 10.4 de su Estatuto). En otros casos, como Madrid, la legislación autonómica (Ley madrileña 2/2003, de 11 de marzo, de Administración Local) se centra en aspectos verdaderamente secundarios de la organización municipal (como la gestión de municipios disueltos); aquí, lo limitado y secundario de la regulación local tiene que ver con la asunción en bloque de la regulación estatal integrada por la LBRL, el TRRL y el ROF. Y es lo cierto que ese conjunto normativo apenas si deja espacio liberado para la regulación autonómica. En otros casos, por fin, la legislación autonómica presenta más sustancia, en la medida en que asume como propia la regulación hasta ahora contenida en el TRRL o en el ROF. Este puede ser el caso de Aragón (Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón) o Cataluña (Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña).

28. En los últimos años, la diferenciación de origen autonómico se está produciendo en paralelo a la Ley. A través de los “pactos locales”. Como es sabido, el “pacto local” de 1996 incluye el aumento de las competencias municipales en determinadas materias de claro interés local. Aunque son varias las Comunidades que han iniciado la ejecución del “pacto local”,

pocas son las que han concluido el proceso. En todo caso, y en lo que hace a la organización local, en algunos “pactos locales” autonómicos (como el de Galicia, de 20 de enero de 2006), se apuntan algunas tendencias problemáticas. Se trata del aumento de las competencias locales mediante la creación de Administraciones mixtas: creación de “consorcios legales” entre municipios y la Comunidad Autónoma para la gestión de competencias trasladadas a las entidades locales. Esta forma de descentralización local presenta series objeciones desde el punto de vista del principio democrático (*accountability*) en la medida en que dificulta a los ciudadanos la identificación precisa de que organización pública (cada una con su propia legitimación democrática) gestiona cada competencia y es responsable de cada actuación.

6. Autodiferenciación

29. Hasta hoy, *el margen para la autoorganización municipal ha sido escaso*. Primero, por la amplitud de la regulación estatal (básica o no) en sus dos variantes de municipios de régimen común y “de gran población”. Segundo, porque algunas Comunidades Autónomas han completado por Ley y hasta el detalle la regulación organizativa local. Pero incluso donde las entidades locales disfrutaban de un cierto margen para la regulación organizativa, lo cierto es que las divergencias son mínimas o menores. Los Reglamentos orgánicos municipales siguen un patrón fijo, que normalmente se limita a trasladar la actual regulación del ROF, a lo sumo con algunas adiciones singulares. Aspectos necesitados de regulación novedosa, por no tener atención en el ROF (como el régimen de los “concejales no adscritos” desde la Ley 57/2003), con frecuencia no reciben una atención específica en los Reglamentos orgánicos. Incluso los “municipios de gran población”, que desde 2003 han tenido que regular en sus Reglamentos orgánicos las nuevas exigencias del Título X de la LBRL, **presentan un alto nivel de coincidencia, casi identidad**. Baste con comparar los Reglamentos orgánicos de Zaragoza, Madrid, Alcalá de Henares o Móstoles para comprobar lo que se dice. El esquema descrito se altera en el BLGAL: la regulación organizativa estatal se reduce considerablemente y se deroga el TRRL y el ROF. Esto determina que, además del mayor espacio normativo posible para las Comunidades Autónomas, se refuerza el poder de autoorganización del Estatuto orgánico local (Reglamento orgánico). Ese mayor poder organizativo no determina necesariamente mayor diferenciación (pues bien se

puede reproducir el fenómeno de emulación de Reglamentos orgánicos actual); lo que sí exigirá es mayor cooperación técnica de las provincias en la configuración de la organización de cada municipio.

30. Una segunda cuestión sobre la autonomía organizativa local es la de quién -y hasta dónde- dispone de ese poder dentro de cada entidad local. Aquí se ofrecen dos modelos bien distintos (dejando ahora al margen los municipios que actúan en régimen de concejo abierto).

a) En las *provincias y los municipios de régimen común* corresponde al Pleno el grueso del poder normativo-organizativo; y lo hace, fundamentalmente, a través del Reglamento orgánico (arts. 33.2 y 22.2 d) LBRL), de los Estatutos de los organismos públicos (art. 85 bis. 1 a) LBRL), de las plantillas de personal (unidas al presupuesto) y de las relaciones de puestos de trabajo (art. 33.2 f) LBRL). Más allá de las decisiones administrativas del Pleno, el Alcalde y el Presidente de la Diputación sólo disponen de un poder organizativo de carácter aplicativo (no normativo) aunque no por ello secundario. Mediante las delegaciones de competencias se configuran (no formalmente, aunque sí realmente) áreas de gobierno o departamentos a través de los que se canaliza la actividad local sectorial.

b) La distribución del poder organizativo es bien distinta en los "*municipios de gran población*". Siguiendo las *formas parlamentarias* de gobierno, se da aquí un reparto de funciones más equilibrado entre Pleno, Junta de Gobierno y Alcalde. Desde luego que la regulación de los "órganos de gobierno" queda reservada al Pleno (a través del Reglamento orgánico: art. 123.1 c) LBRL). Pero, en cambio, la regulación de la administración municipal está más distribuida entre el propio Pleno, el Alcalde y la Junta de Gobierno. El Pleno, a través del Reglamento orgánico, determina el régimen jurídico de la organización municipal o, en términos del art. 123.1 c) LBRL, los "niveles esenciales de la organización municipal", pero no propiamente la "planta" administrativa del Ayuntamiento. El Reglamento orgánico cumple, así, una función similar a la que corresponde en el Estado a la Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE): el Reglamento orgánico regula en abstracto los órganos del Ayuntamiento, pero no determina la existencia ni el campo de actividad sectorial que corresponde a cada uno. Al Alcalde corresponde determinar la planta de la Administración central municipal en cada momento (o, en términos del art. 124 k) LBRL: "la organización y estructura de la Administración municipal ejecutiva"); esto es, el número de áreas de

gobierno, la estructura interna de cada área (órganos directivos: coordinadores generales, directores generales). Finalmente, a la Junta de Gobierno Local le corresponde una incidencia más limitada sobre la organización municipal, a través de la aprobación de la Relación de Puestos de Trabajo de cada Ayuntamiento (art. 127.1 h) LBRL). Este esquema de distribución del poder organizativo es también, en sustancia, el que se contiene con carácter general el BLGL; al Pleno corresponde la aprobación del Estatuto orgánico (art. 51.2 c) BLGAL), la aprobación de la plantilla y la creación de organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades. El Alcalde, por Decreto, define “organización y estructura de la Administración municipal” (art. 52.1.1) BLGAL). Y, finalmente, es función de la Junta de Gobierno Local la planificación de los recursos humanos (art. 54.1 e) BLGAL).

LE SERVICE PUBLIC LOCAL

Pierre Subra de Bieusses

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Paris-X-Nanterre

Abstract de José Luis Rivero Ysern

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Sevilla

Abstract

El autor analiza los servicios públicos locales desde la perspectiva funcional.

La actividad de servicio público en las colectividades locales en Francia se ha desarrollado el amparo del principio libre administración del artículo 72 de la Constitución Francesa y como consecuencia del derecho comunitario.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado permite considerar actividad de servicio público actividades que sin poder ser consideradas propiamente como tales, juegan un papel importante en el desarrollo de un servicio público.

Para una determinación precisa del estudio, el autor considera que hay que analizar los Servicios Públicos Industriales y Comerciales (en los sucesivos SPIC) desde la perspectiva de tres principios:

- el principio de libre administración de las colectividades locales.
- el de libertad de comercio e industria y
- el de libre concurrencia.

El principio de libre administración de las colectividades locales.

Según el Consejo de Estado, el Consejo Municipal y las demás colectividades locales pueden crear y suprimir cuantos servicios afectan a sus competencias, todo ello bajo una doble limitación: a) no impedir el

ejercicio de competencias estatales o de otra colectividad local y b) no interferir en un campo de actividad reservado a la iniciativa privada.

El principio de libre administración implica la libertad de elección del modo de gestión del servicio bien en *régie directe*, delegación unilateral o *régie autonome*. Esta libertad es mayor aún tras la Ley de descentralización de 2 de marzo de 1982.

Consecuencia asimismo del principio de libre administración local es la libre elección de la institución gestora. El profesor Subrá analiza las ventajas e inconvenientes de la Sociedad de Economía Mixta y de las Asociaciones. El Consejo de Estado considera que la defectuosa gestión de una asociación transparente permite investigar la responsabilidad por falta de la propia colectividad local.

En el Derecho francés hay una progresiva limitación de la libre elección de operadores estrictamente privados así como de la discrecionalidad en la adjudicación de contratos de delegación de servicios públicos.

En cuanto al principio de libertad de comercio e industria.

El Consejo de Estado ha elevado este principio a la categoría de Principio General del Derecho.

Este principio limita en parte el de libre creación y mantenimiento de SPIC locales, si bien, como escribe Hauriou, el texto constitucional establece la libre concurrencia entre individuos pero no parece reservarla a estos.

La iniciativa pública debe mantener un carácter supletorio o complementario de la iniciativa comercial e industrial privada. Es necesario un delicado equilibrio entre el principio de libre iniciativa pública y los principios de libertad de competencia y de libre concurrencia.

El principio de libre concurrencia

Incide en la posibilidad pública de creación de SPIC locales de distinta forma según que no sea necesaria la iniciativa pública, por ser suficiente la privada, (no cabe por tanto iniciativa pública ni choque con el principio de competencia); según que no haya esa iniciativa privada – pero pueda haber – (puede haber iniciativa pública con eventuales matizaciones); o en el supuesto de que abiertamente haya concurrencia de operadores públicos y privados, (en cuyo caso la iniciativa pública se permite, bien para completar o mejorar la iniciativa privada sin eliminarla, bien por el interés

del propio mantenimiento y funcionamiento del servicio, bien por interés financiero del mismo).

El autor analiza unas resoluciones de sumo interés del Consejo de Estado y del Consejo de la Competencia. Según este último la condición de adjudicatario de servicio público debe considerarse como una circunstancia agravante del derecho de la concurrencia.

El profesor Subrá cita para terminar una importante decisión de la Comisión de Competencia de 9 de junio de 1999 según la cual la concurrencia exige un trato sin privilegios que puedan llegar a falsear la competencia entre los distintos operadores del mercado. Para ello es necesario examinar lo que es efectivamente la rentabilidad de las actividades de las régies municipales y lo que es debido a subvenciones. Es, además, conveniente realizar reformas organizativas para separar actividades en monopolio y actividades en competencia.

LE SERVICE PUBLIC LOCAL

La France connaît deux types d'administration. L'une qui relève de l'Etat et qui est centralisée et pour partie déconcentrée. L'autre qui est décentralisée et confiée par la constitution et par la loi aux collectivités territoriales.

A ces deux administrations correspondent deux catégories de services publics : les services publics de l'Etat ou nationaux et ceux créés par les collectivités territoriales ou services publics locaux.

Ce sont ces derniers qui nous intéressent ici.

Ils nous intéressent parce qu'ils sont décentralisés et parce que les réformes décentralisatrices des 25 dernières années ont augmenté leur nombre et leur importance.

Pour les étudier (l'observation serait la même pour les services publics nationaux) il convient de raisonner par référence à la notion fonctionnelle du service public, entendu comme une activité d'intérêt général assumée par une personne publique.

Les activités de service public des collectivités territoriales (ou locales), notamment celles des communes, sont nombreuses. A la fois parce que les besoins de prestations des citoyens ont été en augmentant (santé, culture, sport, tourisme, etc.) ; parce que les textes (art 72 de la Constitution) en consacrant le principe de libre administration ont accru leurs possibilités d'intervention ; parce que le désengagement de l'Etat en divers domaines (p ex en matière de télécommunications où il se concentre maintenant sur un rôle de régulation) leur ouvre de nouvelles compétences (p ex dans le domaine des réseaux câblés), parce qu'enfin le droit communautaire a lui aussi certaines incidences (p ex en matière de service de traitement des déchets).

La gamme est donc très large et les situations très variées. Certains services sont en réseaux, d'autres non ; certains sont facultatifs, d'autres non ; l'intérêt général auquel ils correspondent est plus ou moins considérable (cela va, p ex, de la distribution d'eau potable à la gestion de casinos, en passant par des auberges municipales que la carence de l'initiative privée permet de créer).

Il faut aussi ajouter que pour la jurisprudence, la mission de service public local apparaît lorsqu'une collectivité accomplit une activité qui en

elle-même ne s'analyse pas comme une activité de service public, mais qui, replacée dans un contexte plus global, répond à une finalité d'intérêt public qui permet de la qualifier de service public. Ainsi, par exemple, si un casino municipal ne délivre pas à ses clients une prestation de service public ; la création, l'organisation, la gestion de celui-ci se rattachent à une mission de service public dans la mesure où elles jouent un rôle important dans le développement d'une station climatique et balnéaire (v CE 23 mars 2004, Sté Amnéville loisirs, AJDA 2004, p 1135 ; CE 6 juillet 2005, Sté Partouche, req N° 256976).

Certains de ces services publics sont administratifs (services culturels, cantines scolaires, services de stationnement sur la voie publique, gestion des infrastructures routières), mais les plus nombreux sont industriels et commerciaux (S.P.I.C.). Les uns en vertu du Code général des collectivités territoriales (C.G.C.T.) et de divers textes particuliers (abattoirs municipaux, service d'assainissement ; service des pompes funèbres, etc.) ; les autres d'après la jurisprudence. Tel est par exemple le cas du service des ordures ménagères (s'il est financé par une redevance proportionnelle au service rendu) ; de celui de l'eau potable ; des réseaux de chaleur ; des parkings municipaux hors voirie, etc.

Du point de vue des problèmes juridiques qui se sont posés ces dernières années et des solutions appliquées par les textes et la jurisprudence, ce sont ces services industriels et commerciaux (qui se rapprochent du service d'intérêt économique général du droit communautaire, puisque dans les deux cas il y a service marchand et que les uns et les autres sont caractérisés par le fait que la prestation de service s'effectue sur un marché) qui retiennent particulièrement l'attention.

On s'efforcera ici de les examiner sous l'angle de trois principes : le principe de libre administration des collectivités territoriales (I), celui de la liberté de commerce et de l'industrie (II) et celui de libre concurrence (III).

I. LA LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES ET LES SPIC LOCAUX.

L'article 72 de la Constitution française de 1958 consacre le principe de libre administration des collectivités territoriales.

En conséquence ces dernières peuvent librement créer des services publics pour la gestion des affaires qui ont un rapport direct avec leur

population et leur territoire. D'autant que, exprimant par là ce qui est considéré comme une clause générale de compétence, le code général des collectivités territoriales dispose que « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ».

Il en résulte que, d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, « il appartient au seul conseil municipal de décider de créer ou de supprimer des services publics, d'en fixer les règles générales d'organisation et, de façon générale, de prendre toutes les mesures portant sur la définition des missions remplies par les services de la commune » (CE 6 janvier 1995, Ville de Paris, Rec CE p 3)

Toujours d'après le Conseil d'Etat, la solution est la même pour les autres collectivités territoriales, par exemple pour le département (CE 6 janvier 1995, Syndicat national des personnels techniques et administratifs. CGT, Rec CE p 5).

Si la compétence de chaque collectivité territoriale est donc certaine, elle ne s'exerce qu'à une double condition :

- ne pas empiéter sur les compétences d'une autre collectivité locale ou sur celles de l'Etat ;
- ne pas intervenir dans un domaine d'activité réservé à l'initiative privée

A partir de là quelles sont les conséquences du principe de libre administration relativement aux services publics locaux ? Nous devons les vérifier, d'abord du point de vue de la liberté de choix du mode de gestion du service public, ensuite de celui de la liberté de choix de son organisme de gestion.

Liberté de choix du mode de gestion.

Selon une présentation retenue par Georges Vedel, la théorie des modes de gestion des services publics pose au préalable la distinction entre la gestion directe (gestion en « *régie directe* » selon la terminologie française) par laquelle la collectivité publique assure elle-même la gestion du service public dont elle est responsable et la gestion indirecte (ou gestion déléguée) par laquelle la collectivité confie la gestion à un organisme doté d'une personnalité propre, tout en conservant la responsabilité finale.

Dans ce second cas, la délégation résulte nécessairement d'un acte juridique qui est soit unilatéral, soit contractuel. Elle implique la désignation

d'un gestionnaire distinct de la collectivité publique et qui peut être soit une personne privée, soit une personne publique.

Nous nous trouvons donc en présence de trois formules : la « *régie directe* », la délégation unilatérale (qui ne peut être faite ni à une personne privée, ni à une autre collectivité publique, mais seulement à un Établissement public. Cette solution est appelée « *régie autonome* » par une loi du 12/07/1999) ; la délégation contractuelle.

Le principe constitutionnel implique donc la liberté de choix entre ces trois formules, à quelques exceptions près cependant, dont les unes résultent des textes, (p ex, pour les Caisses de Crédit Municipal, la loi impose qu'elles revêtent la forme de l'Établissement public) et quelques autres de la jurisprudence qui ne concerne alors que certains services publics administratifs (p ex pas de possibilité de déléguer le service pour l'exercice du pouvoir de police ou pour la surveillance des enfants dans le cadre scolaire).

Parfois la loi elle-même précise les possibilités de choix de la collectivité locale (p ex possibilité de choisir entre la gestion directe et la délégation pour le service public des pompes funèbres), mais le plus souvent la loi ne précise rien ou il n'y a pas de loi (c'est notamment le cas, très fréquemment, lorsque la collectivité locale crée un service public de sa propre initiative en vertu de la clause générale de compétence).

Donc le plus souvent liberté de choix et toujours pour les services publics industriels et commerciaux puisqu'ils ne sont pas concernés par les exceptions jurisprudentielles.

Ce principe de liberté est consacré par la jurisprudence. Par exemple, un arrêt significatif du Conseil d'Etat (CE 18 mars 1988, Loupias et autres, Rec CE, p 668) juge qu'en procédant à une consultation préalable avant de conclure un contrat de délégation de service public, le conseil municipal n'a pas renoncé à sa liberté d'opter ultérieurement entre exploitation en régie directe et délégation et, dans cette dernière hypothèse, entre l'une des quatre formules possibles.

Cette liberté s'exerce d'autant mieux, depuis maintenant vingt cinq ans, que la loi de décentralisation du 2 mars 1982 a supprimé la tutelle que l'Etat exerçait auparavant sur les collectivités locales.

Jusqu'à cette date le préfet avait un pouvoir d'approbation pour tous les SPIC communaux et il avait aussi un pouvoir d'annulation pour illégalité des décisions de l'autorité locale.

Il est vrai qu'à la veille de la loi de décentralisation ce pouvoir avait fini par ne plus s'exercer fréquemment, mais fut-ce de façon virtuelle, la possibilité d'atteinte à la liberté locale n'en continuait pas moins d'exister.

En supprimant ce pouvoir de tutelle a priori, la loi de 1982 a provoqué une véritable libération de l'initiative locale. Les délibérations prises sont devenues exécutoires de plein droit et elles ne relèvent plus que d'un simple contrôle de légalité à posteriori qui est certes déclenché par le préfet, mais exercé par le juge administratif.

En conséquence, sous réserve du respect de la légalité, le choix entre les divers modes de gestion est un choix pleinement discrétionnaire. Il l'est d'autant plus qu'il résulte de la jurisprudence (p ex arrêt Loupias et autres, précité) qu'en la matière le juge administratif hésite à exercer le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (Sur ce point, v les observations du professeur J.C. Douence, in « *Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles* », ouvrage collectif sous la direction de J. B. Auby et S. Braconnier, Ed LGDJ 2003, pp 131 et ss).

Enfin, dans son exercice concret la liberté de choix se trouve protégée par diverses législations. Par exemple, la sanction, en application du droit de la concurrence, des pratiques anti-concurrentielles aux quelles peuvent se livrer les candidats à une délégation de service public protège la liberté des collectivités locales contre les grandes entreprises naturellement tentées d'abuser de leur position dominante (à cet égard le secteur de la distribution d'eau potable est particulièrement significatif).

Liberté de choix de l'institution de gestion.

La question de la liberté de choix de l'organisme gestionnaire ne se pose évidemment pas dans l'hypothèse de « *la régie directe* » puisque c'est alors la collectivité publique locale qui gère elle-même le service public. Elle ne se pose pas non plus en cas de délégation unilatérale, puisqu'avec cette formule dite de la « *régie autonome* » (L du 12/07/1999), la collectivité locale est obligée de recourir à la formule de l'établissement public.

Elle est en revanche essentielle dans le cas de la délégation contractuelle qui, pour beaucoup de SPIC, est la formule dominante (plus de 50% des communes en matière de distribution d'eau potable).

La liberté doit permettre de choisir librement entre les différents opérateurs privés, stricto sensu, mais également de pouvoir confier la ges-

tion du service public à une société d'économie mixte ou, pour certains d'entre eux, à une association.

En droit français la société d'économie mixte (c'est à dire celle dont le capital est en partie privé et pour partie public, avec, généralement, une part dominante pour celui-ci) a la qualité de personne morale de droit privé. Personne privée particulière cependant, dans la mesure où, parce qu'elle est détentrice d'une partie du capital, la personne publique locale y exerce un contrôle de l'intérieur. De fait, avec le service public confié à une S.E.M., on a une formule intermédiaire entre la « *régie directe* » et la délégation à une entreprise purement privée.

Le régime juridique des S.E.M. locales résulte d'une loi du 7 juillet 1983 dont les dispositions se retrouvent à l'article L.1591 du Code général des collectivités territoriales.

Elles permettent à toutes les collectivités locales (et aux établissements publics de coopération intercommunale – EPCI –) de recourir à ce type particulier de société, à la seule condition de rester dans le cadre de leurs compétences. Elles peuvent donc l'utiliser pour tous leurs services publics, aussi bien administratifs qu'industriels et commerciaux.

Après avoir connu un important succès initial, cette solution est maintenant moins pratiquée, sans doute pour une double raison. D'une part, étant à la fois autorité délégante et actionnaire de la société délégataire, la collectivité locale peut craindre d'être accusée de favoritisme ; d'autre part, la formule est devenue moins intéressante à partir du moment où des règles inspirées de celles du « *code des marchés publics* » ont été appliquées aux « *marchés* » conclus ensuite par les SEM délégataires d'un service public.

Toujours en droit français, l'association est également une personne morale de droit privé.

Les collectivités locales peuvent leur confier la gestion de services publics, y compris industriels et commerciaux, dans la mesure où une association peut parfaitement se livrer à une activité industrielle et commerciale, à la seule condition de ne pas distribuer des bénéfices aux associés.

Confier un service public à une association peut présenter des avantages parce que celle-ci relève de régimes plus favorables que la société commerciale en matière de gestion, de fiscalité, d'aides publiques.

Cela explique le développement important de cette formule, d'autant plus important que les collectivités locales peuvent participer à des associations ou même les créer (v, en ce sens, avis de la Section de l'intérieur du Conseil d'Etat du 11 mai 1958. V. aussi Rapport public du Conseil d'Etat de l'année 2000, « *Les associations et la loi de 1901, cent ans après* »). Toutefois, si elle est intéressante elle n'est pas non plus sans inconvénients, lorsqu'il apparaît que la collectivité publique a en réalité créé une association fictive. Cela conduit de façon évidemment irrégulière, à ce qu'en réalité l'association gère de l'argent public. Ces situations ont suscité des critiques de la Cour des Comptes à l'occasion de ses rapports annuels et aussi du juge administratif. On observe, par exemple, que par un arrêt Département de la Dordogne du 5 décembre 2005 (req N° 259748), le Conseil d'Etat considère que « *la mauvaise gestion d'une association transparente permet de rechercher la responsabilité pour faute de la collectivité territoriale* ».

Remarquons enfin que lorsqu'en vertu de sa liberté la collectivité locale décide de s'orienter vers le choix d'un opérateur purement privé, l'exercice de cette liberté est aujourd'hui plus encadré qu'il ne l'était par le passé.

Dans notre pays il avait été traditionnellement admis qu'en matière de contrats de délégation de service public, le principe de l'intuitu personae impliquait que le pouvoir de choix de la personne publique soit le plus discrétionnaire possible. Il en résultait que contrairement aux « *marchés publics* », la conclusion de ces contrats n'était soumise à aucunes règles de concurrence ni même de publicité.

Cela est désormais révolu depuis la loi du 29 janvier 1993 dite loi « *anti-corruption* ».

Il résulte de l'article 38 de ce texte que la passation des contrats de délégation de service public est maintenant soumise à « *une obligation de publicité permettant la présentation de plusieurs offres de concurrents* », après quoi la collectivité publique engage librement les négociations avec une ou plusieurs entreprises candidates.

La liberté et l'« *intuitu personae* » demeurent donc, mais ils sont encadrés par l'obligation de se soumettre à une procédure de publicité préalable dont les règles qui ont été établies par d'autres articles de la loi de 1993 figurent dans le Code général des collectivités territoriales.

II. LA LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE ET LES SPIC LOCAUX.

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie résulte d'un vieux texte, le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791.

Selon notre Conseil Constitutionnel (décision du 16 janvier 1982) il n'a pas valeur constitutionnelle, mais depuis un célèbre arrêt Daudignac du 22 juin 1951 (Rec CE, p 362), le Conseil d'Etat le range dans la catégorie des Principes généraux du droit (pour un arrêt plus récent, v CE 26 mars 1999, Sté EDA, AJDA 1999, p 427) et il lui consacre par ailleurs une abondante jurisprudence, depuis longtemps établie, et qu'il persiste à appliquer dans un contexte pourtant sensiblement modifié.

L'interprétation jurisprudentielle du principe.

D'après le décret de 1791, ce principe visait seulement à supprimer les obstacles que le système corporatif d'Ancien Régime opposait au libre exercice des activités économiques et des professions. Ce qui est alors fondé c'est la liberté d'entreprendre, mais, comme le relève Hauriou (*Précis de droit administratif*, 1901, 4^{ème} ed, p 36), « *ce texte qui accorde sans conteste la liberté commerciale aux individus ... ne semble pas la leur réserver* ».

Tel ne va pourtant pas être le sentiment de la jurisprudence. Le Conseil d'Etat va interpréter en effet le décret comme affirmant, non seulement le principe de la liberté de commerce et de l'industrie pour les personnes privées, mais encore le droit pour ces personnes de ne pas être concurrencées dans l'exercice de leur activité professionnelle par les personnes publiques. Cela le conduit à annuler, avec un célèbre arrêt de 1930 (CE 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Rec CE, p 583), des décisions communales de création de services publics. Créations jugées irrégulières, parce que des activités de type industriel et commercial « *restent en général réservées à l'initiative privée* », de sorte que les conseils municipaux « *ne peuvent les ériger en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* », c'est à dire, « *s'il n'y a pas d'autre moyen, au moment et à l'endroit dont il s'agit, de donner une satisfaction aux besoins de la collectivité* ». En d'autres termes, si pour une activité donnée (dans l'affaire jugée en 1930 il s'agissait d'un service de ravitaillement destiné à la vente directe au public) l'initiative privée n'est pas défailante,

la collectivité locale ne peut légalement créer un service public ayant pour objet cette même activité.

Par la suite cette jurisprudence connaîtra des assouplissements progressifs.

N'exigeant plus la défaillance de l'initiative privée, le juge administratif admet la légalité de la création d'un service public local en cas de simple insuffisance quantitative ou qualitative de celle-ci (CE 20 novembre 1964, Ville de Nanterre, Rec CE, p 563). Parfois même il considère comme possible de satisfaire aux besoins d'un service public non commercial par des activités à caractère commercial (p ex création de restaurants économiques au titre de l'assistance aux indigents, CE 19 février 1943, Ricordel, Rec CE, p 43).

Il n'en reste pas moins que le principe demeure qu'en l'absence de circonstances particulières l'initiative privée ne doit pas être concurrencée par celle des personnes publiques et donc des collectivités locales. Celles-ci ne disposent toujours pas de la liberté du commerce et de l'industrie, ce qui limite évidemment leurs possibilités de créer des services publics industriels et commerciaux.

La persistance de la jurisprudence traditionnelle.

On peut d'abord remarquer que la persistance de cette politique jurisprudentielle n'est plus tout à fait en adéquation avec le contexte juridique contemporain.

D'une part, elle n'est pas conforme à l'article 295 du Traité de l'Union Européenne qui, en disposant qu'il « *ne présume en rien du régime de propriété dans les Etats membres* », manifeste qu'à la différence de certains droits nationaux et notamment du droit français, le droit communautaire ne s'attache pas à la distinction entre personnes publiques et personnes privées.

D'autre part, elle n'est pas non plus conforme à certaines orientations récentes exprimées par le Conseil d'Etat lui-même. Au cours de l'année 2000, cette Haute Assemblée fut saisie à deux reprises de la question de savoir s'il était possible pour une personne publique de répondre à un appel d'offres pour une délégation de service public (un EPIC avait été admis à présenter une offre dans le cadre d'une procédure de délégation d'un

service public d'eau potable) et pour l'attribution d'un « *marché public* » (un EPAD avait obtenu un marché pour le renouvellement d'un système d'information géographique).

Dans les deux cas, par un arrêt pour le premier (CE 16 octobre 2000, Cie Méditerranéenne d'exploitation des services des eaux, RFDA 2001, p 106) et par un avis pour le second (CE 8 novembre 2000, Société Jean Louis Bernard Consultants, Rec CE, p 492), la réponse a été la même, à savoir qu' « *aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate de l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de DSP* ».

S'il y a là une incontestable mise en cause du principe tel qu'il était traditionnellement entendu, puisque dans ces deux affaires il est admis que les personnes publiques puissent venir concurrencer les opérateurs privés, il faut cependant remarquer que pour se prononcer comme il l'a fait, le Conseil d'Etat n'a pas vraiment raisonné par référence au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, mais plutôt par référence au droit de la concurrence.

C'est sans doute ce qui explique que depuis lors la jurisprudence classique a continué de s'appliquer. Contrairement à ce qu'avaient pensé certains commentateurs des deux décisions de l'année 2000, le Conseil d'Etat n'a pas substitué le principe de libre concurrence à celui de la liberté du commerce et de l'industrie.

Ainsi par exemple, par un arrêt du 10 janvier 2006, la Cour Administrative d'Appel de Marseille juge que « *la commercialisation par un office de tourisme de voyages ou de séjours ne peut être autorisée que si l'intérêt général l'exige, lorsque l'initiative privée est dans ce domaine inexistante ou insuffisante* ».

Peu après, par un important arrêt du 31 mai 2006 (Ordre des avocats au barreau de Paris, AJDA 2006, p 1592), le Conseil d'Etat considère que si les personnes publiques « *entendent prendre en charge des activités économiques, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect, tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ... pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans les limites de leur compétence, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter, notamment, de la carence de l'initiative privée* ».

Il est donc clair que la conception traditionnelle du principe de la liberté du commerce et de l'industrie continue d'inspirer la jurisprudence.

Ce qui est nouveau c'est que maintenant son application doit se combiner avec l'application conjointe du principe de libre concurrence. Comme le précise l'avis Société Jean Louis Bernard consultants, précité, lorsque l'intervention des personnes publiques peut être admise, *«elle ne doit pas se réaliser selon des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci»*.

III. Le principe de libre concurrence et les SPIC locaux.

Sous l'angle du principe de libre concurrence et de son incidence sur les conditions de création des SPIC locaux on doit distinguer entre les trois hypothèses suivantes :

- Si l'on est dans un contexte où il n'y a pas carence, ni même insuffisance de l'initiative privée, la liberté de commerce et de l'industrie empêche la collectivité publique locale d'exercer l'activité économique et donc de créer le SPIC. Puisqu'elle ne peut avoir d'activité économique, la question de lui appliquer le droit de la concurrence ne se pose pas.
- A l'inverse, s'il y a carence de l'initiative privée, l'activité économique publique est justifiée, mais comme il n'y a pas d'opérateurs privés sur le marché, la question de l'application du droit de la concurrence ne se pose pas non plus.
- Reste une troisième hypothèse qui est celle où la personne publique se trouve en concurrence avec les opérateurs privés.

C'est d'abord le cas lorsque sur un marché donné il n'y a pas carence de l'initiative privée, mais simplement insuffisance (quantitative ou qualitative) de celle-ci.

C'est encore le cas dans un certain nombre de situations particulières où, sans qu'il n'y ait de défaillance de l'activité privée, l'initiative publique se trouve cependant justifiée :

- par exemple lorsque l'activité économique publique permet d'améliorer les prestations fournies aux usagers. Cette hypothèse est d'ailleurs parfaitement conforme à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg qui, dans la très célèbre affaire Corbeau (CJCE 19/05/93),

a estimé qu'une personne publique peut librement prolonger son activité de service public pour atteindre une meilleure efficacité ;

- Par exemple encore lorsque l'accroissement de l'activité économique publique se trouve justifié par l'intérêt financier du service (v p ex, CE 23 mai 2003, Communauté de commune Artois-Lys, req N° 249995) ;
- Par exemple encore lorsque l'exercice de cette activité se trouve justifié par l'idée de complément normal du service public (v CE 10 mai 1996, SARL La Roustane, Rec CE, p 168).

Dans tous ces cas le service public industriel et commercial local est en concurrence avec des opérateurs privés. Le droit de la concurrence doit donc s'appliquer.

A première vue cela conduit à envisager aussi bien le droit national de la concurrence (qui en France est issu d'une ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et que l'on retrouve notamment aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code du commerce), que le droit communautaire, puisqu'en vertu de l'article 86 du Traité, « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ... sont soumises aux règles de concurrence, dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec ... à la mission qui leur a été impartie* ».

En réalité, étant donné que l'application des règles communautaires est subordonnée à la condition d'affectation du droit intra-communautaire, elles ont rarement l'occasion de s'appliquer aux interventions des collectivités locales.

C'est donc essentiellement le droit national qui nous intéresse ici.

L'application de ce droit de la concurrence aux SPIC est impliquée par les dispositions de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que l'on retrouve à l'article L. 410 du Code du commerce.

Elle a pour conséquence que l'opérateur public (c'est à dire la collectivité locale) ne peut pas participer à des ententes qui auraient pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence et qu'il ne peut abuser d'une position dominante.

S'agissant des ententes, nous pouvons prendre comme exemple une affaire qui a donné lieu à une décision du Conseil de la concurrence (équivalent français du Tribunal de la competencia español) en date du 19 février 1991 (v Rapport Conseil concurrence 1991, p 36).

Le marché pertinent concerné était celui des activités d'enseignement du ski. Une autorité municipale avait refusé à des moniteurs indépendants des avantages (priorité et gratuité pour l'utilisation des installations) qu'elle avait accordés à d'autres moniteurs qui appartenaient à l'école de ski français. Le Conseil de la concurrence a sanctionné cette façon de faire en considérant qu'elle résultait d'une entente entre l'autorité municipale, l'École de ski français et le syndicat national des moniteurs de cette école. Entente qui « *avait eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de l'enseignement du ski du Grand-Bornand ...* ».

L'autorité municipale avait essayé d'invoquer le bénéfice de l'article L.420-4 du Code de commerce (mêmes dispositions à l'article 81-3 du Traité) qui prévoit une exemption pour « *bonnes ententes* », c'est à dire celles qui contribuent au progrès économique, mais le Conseil de la concurrence a estimé que ce n'était pas le cas en l'espèce et il a donc sanctionné.

Pour ce qui est de l'abus de position dominante, nous pouvons relever une autre décision du Conseil de la concurrence en date du 7 décembre 1997 relative à la « *régie municipale* » (c'est à dire à la gestion directe par la commune) des pompes funèbres de Marseille. Cette régie municipale qui détenait le monopole pour l'ensemble de la ville exerçait à la fois des prestations qui relevaient du monopole et des prestations hors monopole qui lui étaient évidemment facilitées par sa position dominante. Considérées comme constitutives d'un abus de position dominante, de telles pratiques sont prohibées par l'article L.420-2 du Code de commerce. Le Conseil de la concurrence a donc sanctionné la Ville de Marseille. (v Rapport Conseil concurrence 1997, p 889).

Ces deux illustrations nous montrent que pour l'application du droit de la concurrence aux collectivités locales, c'est le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, qui est compétent, alors qu'ensuite c'est la Cour d'Appel de Paris, juridiction de l'ordre judiciaire, qui peut être saisie des recours dirigés contre ses décisions (sauf dans les cas où les collectivités locales assurent leur mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique, car c'est alors le juge administratif qui applique le droit de la concurrence).

Le droit de la concurrence doit être respecté, aussi bien lorsque la collectivité exerce directement la mission de service public industriel et commercial (et donc une activité économique) que lorsqu'elle la délègue

à un autre opérateur. Dans une affaire relative à un service public de pompes funèbres qui a donné lieu à un arrêt célèbre du Conseil d'Etat (CE 3 novembre 1997, Million et Marais, Rec CE, p 393), celui-ci n'a pas sanctionné un abus de position dominante de la part de la collectivité locale, mais censuré le fait qu'elle avait placé son délégataire en situation d'abus automatique de position dominante.

On peut également préciser que d'après le Conseil de la concurrence (v décision du 13 février 2001, Sté TransmontagneBOCC2001, p 201) la qualité de délégataire de service public est considéré comme une circonstance aggravante en cas de violation du droit de la concurrence.

Cela étant, on sait aussi qu'il est traditionnellement admis que l'on puisse, à certaines conditions, déroger à l'application du droit de la concurrence. Par rapport à notre sujet nous pouvons par exemple relever une décision de la Cour de Justice (CJCE 23 mai 2000, Aff FFADC/Kobenhavns Kommune, Rec CJCE I, p 3743) qui, dans une affaire où les échanges intra-communautaires étaient affectés, a considéré qu'en application de l'article 86-2, le droit de collecter les déchets pouvait être confié à un nombre limité d'entreprises pour permettre une meilleure protection de l'environnement local.

Avant d'en terminer (sans conclure, pour éviter de trop dépasser le temps qui nous était imparti), relevons enfin, brièvement, que l'application du droit de la concurrence a aussi des incidences sur le statut des opérateurs publics.

Par un avis du 9 juin 1999, le Conseil de la concurrence a précisé que *« le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques, mais il faut qu'aucun opérateur ne bénéficie de facilités que les autres ne pourraient obtenir et qui lui permettraient de fausser le jeu de la concurrence »*. (on peut remarquer que cet avis ne fait qu'anticiper celui, déjà cité, rendu par le Conseil d'Etat le 8 novembre 2000 et qui se prononce dans le même sens).

Pour éviter qu'il en soit ainsi le Conseil de la concurrence indique la nécessité de certaines adaptations, sur le plan financier et administratif.

En matière financière, il conviendrait, précise-t-il, que les « régies municipales » disposent d'une comptabilité analytique qui permette de connaître la rentabilité de leurs différentes activités et la part des subventions

accordées à chacune de celles-ci, en distinguant les activités qui entrent en concurrence avec des entreprises privées et celles qui n'y entrent pas.

Sur le plan administratif il serait souhaitable de réaliser des séparations de caractère organisationnel entre activités sous monopole et activités concurrentielles.

Le temps qui m'était imparti étant maintenant déjà dépassé, je vais, comme je viens de l'annoncer, en terminer sans plus attendre en me dispensant de conclure et en vous remerciant simplement de la patience avec laquelle vous m'avez écouté jusqu'ici.

LAS FÓRMULAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES: LOS ENTES INSTRUMENTALES

Encarnación Montoya Martín

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Sevilla

Introducción

La reforma de las formas de gestión de los servicios públicos locales aparece como un tema modesto que ha quedado relegado a un plano totalmente secundario frente a las grandes cuestiones pendientes en el actual debate sobre el proceso de reforma de la organización territorial del Estado y de la siempre pendiente y aplazada reforma del régimen local. En este contexto, la reforma de las formas de gestión de los servicios públicos ha quedado preterida, pues tiene como presupuesto una definición positiva y actualizada de las competencias locales. Por ello, todo ha quedado diluido en la discusión relativa a las competencias locales y su articulación en aplicación de los principios de autonomía y subsidiariedad, de conformidad con la Carta Europea de la autonomía local.

El tema de las modalidades de prestación de actividades y servicios por los entes locales queda encuadrado de una parte, en el actual debate relativo a la reforma de los Estatutos de Autonomía pues incide directamente entre otras, en el régimen local. En efecto, en las reformas estatutarias ya aprobadas una parte muy importante del régimen local y dentro de éste en concreto las formas de gestión de los servicios públicos locales se atribuyen a la exclusiva competencia autonómica. Asimismo, el proceso de reformas estatutarias ha venido a incidir abortándolo, en el proceso de reforma de la legislación básica de régimen local auspiciada desde el Gobierno a partir del Libro Blanco de 2005 y dos Borradores de Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y de la Administración local (noviembre 2005 y 3 de mayo de 2006), última versión de julio de 2006. Como es sabido, los

procesos de reforma estatutaria han pautado el freno de la ley básica del Gobierno y Administración local.

No obstante, desde la perspectiva de los ciudadanos y del quehacer diario de las Administraciones locales es claro que la cuestión de la prestación de actividades y servicios es fundamental. Para ello las Administraciones locales precisan formular sus propias políticas, desarrollarlas, regular y ordenar servicios y actividades, toda vez que la prestación de actividades y servicios es el principal valor que aportan los entes locales a la vida diaria de los ciudadanos. Es lo que les legitima en un Estado social y democrático de Derecho en un doble sentido: de una parte, la legitimidad institucional que le viene del propio sistema de valores y las políticas en un Estado Social y Democrático de Derecho; y, de otra parte, en una legitimidad que está siendo el motor de la modernización de la Administración en general a partir de los años 90, la llamada legitimación por rendimientos, es decir, en función del grado de satisfacción del ciudadano, en el marco del derecho a una buena administración.

Por ello, quiero subrayar la importancia que dicha legitimidad tiene en particular para los responsables de la gobernanza local acorde con las necesidades y expectativas del ciudadano del siglo XXI. Se requiere una cuidada y detenida atención por los legisladores autonómicos en la regulación del régimen de las actividades y servicios locales, sus formas de prestación etc. En este nuevo contexto no puede seguirse con el simple mimetismo carente de imaginación anclado en la mera transposición al ámbito autonómico de la regulación de las formas de gestión de los servicios públicos locales que se regulan en art. 85 LBRL. Cabalmente, se trata de un asunto en el que las Administraciones locales se juegan parte de su legitimidad y que es un eslabón de una cadena donde confluyen o convergen numerosas piezas o vectores a tener en cuenta por el legislador. La vertiente comunitaria: concepto de servicios de interés económico general, reglas de la competencia, régimen de ayudas, y contratación pública; y la vertiente del ordenamiento jurídico interno: las reformas estatutarias y la nueva comprensión de lo básico. En definitiva, la reforma del régimen local desde los principios de autonomía y subsidiariedad y la perspectiva de la calidad de los servicios públicos.

Veamos pues las coordenadas que a nuestro juicio inciden en el régimen de las formas de prestación de los servicios públicos locales que hay

que tener presente para abordar una regulación actualizada de las formas de gestión de los servicios públicos locales.

I. LA DIMENSIÓN COMUNITARIA DE LA GESTIÓN DE ACTIVIDADES Y SERVICIOS POR LAS ADMINISTRACIONES LOCALES.

a) Delimitación de la noción de servicios de interés económico general y servicios no económicos. Necesidad de armonización normativa a nivel comunitario.

Desde la óptica comunitaria en las formas de prestación de actividades y servicios locales incide derechamente la delimitación de la noción de servicios de interés económico general y su interacción con las reglas de la competencia y del mercado interior. La delimitación de la noción de servicios de interés general y dentro de éstos los de interés económico es una cuestión general pendiente de armonización a nivel comunitario y que hasta la presente ha producido y produce notable inseguridad jurídica toda vez que queda pendiente de las decisiones adoptadas caso por caso por el TJCE.

Sobre esta materia inciden los principios comunitarios de igualdad, concurrencia y no discriminación entre las empresas públicas y empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general de una parte, y de otra, la empresa privada. En efecto, el art. 86 TC proclama:

“1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”.

Asimismo parte el Derecho comunitario de un principio general de prohibición de ayudas públicas que falseen o amenacen falsear la compe-

tencia afectando a los intercambios comerciales entre los Estados miembros en el art. 87.1 TCE¹.

Se proclaman principios de mercado y de libre competencia, sin perjuicio del lugar destacado que los servicios de interés económico general juegan en la UE, su papel en la promoción de la cohesión social y territorial. Por ello el art. 16 TCE proclama que tanto la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido².

En definitiva, las reglas de mercado y de la competencia se predicen como regla de principio a los servicios de interés económico general, que el Tratado cita pero no define. Por lo demás, el concepto tradicional de servicio público ha sido sustituido por el servicio universal y obligaciones de servicio público como consecuencia de la liberalización y de la competencia introducida en numerosos sectores como consecuencia directa de la política comunitaria (telecomunicaciones, servicios postales, etc.). Asimismo, hay que delimitar los servicios sociales o de bienestar social, para diferenciarlos de los servicios de interés económico general. A través de estas actividades se llevan a cabo funciones sociales que en muchas ocasiones no pretenden obtener beneficios y que en teoría no se dedican a actividades industriales o comerciales, por lo que estarán por lo general excluidas del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de competencia y de mercado interior. Esto abarca varias actividades no económicas de organizaciones como sindicatos, asociaciones culturales de ayuda y beneficencia.

-
1. "Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones".
 2. Vid art. III-122 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa dispone: "Sin perjuicio de los artículos I-5, III-166, III-167 y III-238, y dado el lugar que ocupan los servicios de interés económico general como servicios a los que todos conceden valor en la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial de ésta, la Unión y los Estados miembros, dentro de sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución, velarán por que dichos servicios funcionen conforme a principios y en condiciones, económicas y financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido. Dichos principios y condiciones se establecerán mediante ley europea, sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros, dentro del respeto a la Constitución, para prestar, encargar y financiar dichos servicios".

Los servicios de interés económico general se pueden definir como aquellos servicios de naturaleza económica que los poderes públicos consideran esenciales para sus ciudadanos en un espacio temporal determinado por lo que han de prestarse incluso aunque el mercado no tenga suficientes incentivos para hacerlo. Consecuentemente, es necesario una intervención pública para garantizar la prestación de dicho servicio con unas condiciones mínimas por lo que la intervención se suele concretar en la imposición de unas obligaciones de servicio público. La identificación concreta de los servicios de interés general en cada Estado miembro corresponde, en ausencia de armonización comunitaria, a las autoridades públicas nacionales, si bien siempre bajo el control en última instancia de las autoridades comunitarias.

En el Libro Verde sobre los servicios de interés económico general elaborado por la Comisión 21 de mayo 2003 ésta lanzó la idea de que había llegado el momento, a la vista de la experiencia acumulada, de crear un marco europeo común para asegurar la aplicación coherente a nivel comunitario de los principios que subyacen al art. 16 del Tratado. Se trataría de un instrumento general que pudiera definir, precisar y consolidar los objetivos y principios comunes a todos los servicios de interés económico general o a varios de ellos en el ámbito de la competencia comunitaria. Además, serviría de base para nuevas disposiciones sectoriales. No obstante, posteriormente, en el Libro Blanco de la Comisión sobre los servicios de interés económico general de 2004 visto el resultado de las consultas efectuadas, la Comisión difiere dicha idea en el tiempo afirmando que no ha quedado demostrado que un marco horizontal presente valor añadido frente al planteamiento sectorial seguido hasta ahora, aunque añade que volverá a examinar la viabilidad de una norma marco.

Por último, hay que hacer referencia al Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre “Una evaluación independiente de los servicios de interés general” (Dictamen de Iniciativa) Bruselas 14 de febrero de 2008³. El CESE manifiesta que el Tratado de Reforma, aprobado por el Consejo Europeo de los días 17 y 18 de octubre de 2007 faculta al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea para que establezcan, por medio de reglamentos, los principios y condiciones que permitan

3. En su 442º Pleno de los días 13 y 14 de febrero de 2008, Sesión del 14 de febrero de 2008, Dictamen aprobado por el Comité Económico y Social Europeo por 162 votos a favor, 24 en contra y 11 abstenciones.

a los servicios de interés económico general realizar sus misiones, sin perjuicio de las competencias que tienen los Estados miembros para facilitar, hacer ejecutar y financiar estos servicios, a la vez que se hace hincapié en una responsabilidad compartida de los Estados miembros y la UE⁴.

A los Tratados reformados se anexará un protocolo de Servicios de Interés General en el que se insistirá en “el papel esencial y amplio criterio de las autoridades nacionales, regionales y locales al suministrar, adjudicar y organizar servicios de interés económico general lo más cercanos posibles a las necesidades de los usuarios” y en “un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad, [la] igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios”. En este mismo protocolo se mencionan, por primera vez en un texto del Derecho comunitario primario, servicios no económicos de interés general. En él se subraya que el suministro, la adjudicación y la organización de estos servicios son competencia de los Estados miembros y que las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a su competencia en la materia, de modo que los servicios no económicos de interés general seguirán en principio excluidos de las normas relativas al mercado interior, la competencia y las ayudas estatales, mientras que la competencia nacional seguirá enmarcada en su aplicación por los principios generales del Derecho comunitario.

En cuanto a la distinción entre un servicio económico y un servicio no económico, el Tratado de Reforma no aporta ninguna definición, por lo que sigue siendo necesario recurrir a arbitrajes del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, prolongando así la actual inseguridad jurídica que pesa sobre las autoridades nacionales, regionales y locales.

Además el CESE hace hincapié en la necesidad de la evaluación de los servicios de interés general, ya sean económicos o no económicos, así como de elementos de armonización de dicha evaluación al proclamar:

“La obligación de velar por el buen funcionamiento de los servicios de interés económico general prevista en el art. 14 del Tratado de Reforma

4. De este modo, incumbe a la Unión Europea y sus Estados miembros, dentro de los límites de sus respectivas competencias y del ámbito de aplicación del Tratado de Reforma, velar por que estos servicios funcionen efectivamente de acuerdo con unos principios y en unas condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan realizar sus misiones, y asegurarse de ello. Con la entrada en vigor del Tratado de Reforma, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea establecerán dichos principios y condiciones, mediante reglamentos adoptados por el procedimiento legislativo ordinario, en el respeto del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad.

hace necesario desarrollar una dinámica progresiva de evaluación de los resultados de estos servicios.

El Consejo Económico y Social Europeo considera que, para que pueda aplicarse a un servicios de interés económico general el calificativo de buen funcionamiento, entre otros aspectos, debería: responder a los principios de igualdad, universalidad, asequibilidad y accesibilidad, fiabilidad y continuidad, calidad y eficacia, garantía de los derechos de los usuarios, así como rentabilidad económica y social; tener en cuenta las necesidades específicas de ciertos grupos de usuarios, como las personas discapacitadas, dependientes, desfavorecidas, etc.

Los Estados miembros o la Unión Europea deberán definir y adaptar, de forma transparente y no discriminatoria, las misiones y los objetivos de los servicios de interés económico general de sus respectivos ámbitos de competencia, en cumplimiento del principio de proporcionalidad, en interés y para satisfacción general de todos aquellos a los que se dirigen estos servicios.

Los servicios de interés económico general se caracterizan por la búsqueda de una serie de arbitrajes entre: mercado e interés general, objetivos económicos, sociales y medioambientales, usuarios (particulares, incluidos los grupos desfavorecidos, empresas, colectividades, etc.) que no tienen las mismas necesidades o intereses; las cuestiones que son competencia de cada uno de los Estados miembros y la integración comunitaria”.

Así pues se señala la evaluación como algo distinto a la regulación, aunque formando parte de ella⁵.

b) Normas de la competencia y del mercado y los servicios locales de interés económico general: la STJCE asunto Altmark Trans.

Queda pues, pendiente de elaboración un marco normativo a nivel comunitario que establezca con seguridad jurídica las claves para desarrollar los parámetros de la interacción entre servicios de interés general y libre competencia y la imposición de una obligación de servicio público, que

5. Para el Consejo Económico y Social Europeo la evaluación constituye, un análisis y un seguimiento sistemático de las condiciones de aplicación efectiva de la misión particular de interés general tanto en vista de su cumplimiento y su capacidad para satisfacer las necesidades de los consumidores, las empresas, los ciudadanos y la sociedad, como en vista de los objetivos de la Unión, en particular en materia de cohesión social, económica y territorial, economía social de mercado, Estrategia de Lisboa y garantía de ejercicio de los derechos fundamentales.

presupone la posibilidad de realizar una compensación entre los sectores de actividad rentables y los menos rentables y justifica, por ello, una limitación de la competencia de los empresarios particulares en los sectores económicamente rentables.

Estrechamente imbricado con este asunto está la cuestión de la su-
puesta menor relevancia de los problemas planteados por los servicios de
interés económico general en el ámbito local. Cabalmente, discernir los
problemas de aplicación de las normas comunitarias de la competencia y
del mercado a los servicios públicos locales⁶.

Es conocido que cuando una conducta no puede afectar de forma sig-
nificativa al comercio entre Estados miembros⁷ o tiene una importancia
menor, las normas comunitarias de competencia no se aplicarán. Es, por
lo tanto, probable que un número significativo de servicios locales queden

6. Vid el interesante trabajo de Campos Sánchez-Bordona, M. “Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)”, *QDL* n° 6, 2004, págs. 65-80.

7 Véase a este respecto la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07, por la que establece unas directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 TCE (DOUCE 27 de abril de 2004). En dicha Comunicación la Comisión manifiesta: “1. Los artículos 81 y 82 del Tratado se aplican a los acuerdos horizontales y verticales y a las prácticas de las empresas que “puedan afectar al comercio entre los Estados Miembros”.

2. En su interpretación de los arts. 81 y 82, los tribunales comunitarios ya han aclarado sustancialmente el contenido y alcance del concepto de efecto sobre el comercio entre los Estados miembros.

3. Las presentes directrices establecen los principios desarrollados por los tribunales comunitarios en relación con la interpretación del concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82. Además, establecen una regla que indica cuándo no es probable que los acuerdos puedan en general afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros (la regla de la ausencia de efecto apreciable sobre el comercio o regla AEAC). Las directrices no pretenden ser exhaustivas. Su objetivo es fijar la metodología para la aplicación del concepto de efecto sobre el comercio y proporcionar orientación de cara a su aplicación en situaciones que se plantean frecuentemente. Aunque no sean vinculantes para los órganos jurisdiccionales y autoridades de los Estados miembros, las presentes directrices pretenden también orientarlos a la hora de aplicar el concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82.

4. Las presentes directrices no abordan el problema de lo que constituye una restricción apreciable de la competencia de conformidad con el apartado I del art. 81.

Este problema, que es distinto de la capacidad de los acuerdos para afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros, es objeto de la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado I del art. 81 del Tratado (la regla *de minimis*). Las presentes directrices tampoco pretenden proporcionar orientación sobre el concepto de efecto sobre el comercio contenido en el apartado I del art. 87 del Tratado relativo a las ayudas estatales”.

fuera del alcance de la normativa mencionada. Se estimaba que la menor importancia de los servicios prestados en el ámbito local, parece excluir la afectación a los intercambios comunitarios, eje de la aplicación de aquellas normas⁸. Esta concepción tradicional se encuentra en el Dictamen del Comité de las Regiones de 16 de enero de 1997 sobre “El papel de las autoridades locales y regionales en los servicios públicos”. El Dictamen se refería al impacto relativamente limitado de las normas de la competencia en los servicios prestados por las autoridades locales excepto en aquellos ámbitos donde los servicios son verdadera o potencialmente de carácter transnacional, como por ejemplo: transporte, telecomunicaciones, servicios postales y energía. Mas a juicio del Comité de las Regiones la mayoría de los servicios locales no es transnacional. Esta misma línea sigue la Comunicación de Comisión de 2001 al afirmar que las normas sobre la competencia (arts. 85 y 86 TCE) no debían plantear problemas en relación con los servicios de interés general “pues normalmente una actividad que sólo afecta al mercado de forma insignificante -como puede ser el de varios servicios de interés general de carácter local- no afectará al comercio entre Estados miembros, y por tanto no estarán sujetas a las normas comunitarias. Se califican como asuntos de menor importancia (regla de *minimis*) por lo que no se les aplica las normas de la competencia⁹.”

No obstante, en la jurisprudencia del TJCE se ha producido un debilitamiento de esta tesis tradicional, destacando la Sentencia en el caso *Altmark Trans* de 24 de julio de 2003 (C 280/00) acerca de la financiación de los servicios públicos locales, en la que se examina la compatibilidad de las subvenciones para compensar déficits de un servicio regular de transporte público de viajeros por carretera en el distrito Stendal Alemania, esto es, un servicio público de transporte local. Lo primero que hubo que dilucidar es hasta qué punto dicho problema tenía un componente comunitario. La respuesta del TJCE es importante en el sentido de corroborar

8. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado CE (*de minimis*), DO C 368 de 22 de Diciembre de 2001, p. 7

9. La Comisión Europea introdujo una norma de *minimis* en virtud del Reglamento 69/2001, de 12 de enero de 2001. Las ayudas de *minimis* son aquellas ayudas concedidas por un Estado miembro que no son consideradas ayudas de Estado y que no necesitan de la autorización de la Comisión Europea para su concesión por considerarse que no repercuten sobre la competencia y el comercio intracomunitario dada su pequeña cuantía. El actual Reglamento 1998/2006, de 15 de diciembre, de la Comisión (DOCE 28 de diciembre), relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas de *minimis*, sustituye al anterior 69/2001, de 12 de enero de 2001.

que la afectación a los intercambios comunitarios puede producirse en el ámbito local y en asuntos de cuantía aparentemente moderada. Afirma el Tribunal que “en modo alguno cabe excluir que una subvención pública concedida a una empresa que presta únicamente servicios de transporte local o regional y que no presta servicios de transporte fuera de su Estado de origen pueda, a pesar de ello, tener una incidencia en los intercambios entre Estados miembros”.

Efectivamente cuando un Estado miembro concede una subvención pública a una empresa, la prestación de servicios de transporte por parte de esta empresa puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de prestar sus servicios de transporte en el mercado de dicho Estado miembro. En el asunto *Altmark Trans* dicha afirmación no es sólo hipotética, puesto que, varios Estados miembros comenzaron desde 1995 a abrir determinados mercados de transporte a la competencia de empresas establecidas en otros Estados miembros¹⁰. Por último, según la jurisprudencia del TJCE, no existe un umbral o porcentaje por debajo del cual pueda considerarse que los intercambios entre Estados miembros no se ven afectados. La cuantía relativamente reducida o el tamaño relativamente modesto de la empresa beneficiaria no excluyen a priori la posibilidad de que se vean afectados los intercambios entre Estados miembros. Por tanto, el segundo requisito del TCE según el cual la ayuda debe poder afectar a los intercambios entre Estados, no depende del carácter regional o local de los servicios de transporte prestados ni de la importancia del ámbito de la actividad de que se trate. Lo que está claro es que los intercambios de bienes y servicios en un determinado ámbito local pueden generar efectos más amplios. De ahí que la menor dimensión de los servicios de interés general en el ámbito local no sea un factor que los haga inmunes a las normas comunitarias de la competencia. En Libro Blanco de la Comisión de 2004 ha reconocido que la consulta pública por ella auspiciada en el 2003 ha confirmado la demanda de una mayor previsibilidad y seguridad jurídica en la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a la compensación por prestación de servicios públicos, demanda que ha sido particularmente enérgica a nivel local, en relación con los servicios locales.

10. Las ayudas de *minimis* no se aplicaban al sector transporte según el Reglamento 69/2001, de 12 de enero. En cambio, sí entran en el ámbito de aplicación del vigente Reglamento 1998/2006, de 15 de diciembre.

c) Condiciones de financiación de los servicios de interés económico general: La Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia de las Relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas.

Por último, queda por determinar las condiciones de financiación conforme al Derecho comunitario de los servicios locales de interés económico general. Una vez reconocida en la sentencia *Altmark* la posible afectación entre Estados que pudiera derivar de un servicio de transporte público local la solución del Tribunal es precisar la noción de compensación debida al cumplimiento de obligaciones de servicio. Para que a tal compensación no se aplique la calificación de ayuda debe cumplir los siguientes requisitos:

1º La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y estas obligaciones deben estar claramente definidas.

2º Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente¹¹.

3º La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.

4º Cuando la elección de la empresa se haya realizado fuera del marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de compensación debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media bien gestionada del sector concreto de que se trate habría soportado (teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones).

Únicamente si se cumplen estos cuatro requisitos se puede estimar que una empresa no ha gozado, en realidad, de una “ventaja” financiera

11. Así constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda la compensación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de compensación, cuando a posteriori se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no han sido económicamente viables.

que tenga por efecto situar a esta empresa en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras y que, por tanto, no existe ayuda de Estado en el sentido del Tratado CE.

En definitiva, la jurisprudencia Altmark constituye un hito en relación con financiación pública de servicios de interés general. Se aplica ya sea la entidad prestadora una empresa privada como pública, aunque se organice en forma societaria mercantil. Obliga, por ende, a identificar las obligaciones de servicio público susceptibles de ser compensadas y en qué medida, con cargo a los presupuestos. Esta jurisprudencia tiene que ser tenida en cuenta en cualquier otra modalidad de intervención de las autoridades locales y en cualquier sector de actividad económica de interés general¹².

La reciente Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia de las Relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas

12. En su sentencia Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg contra Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH («Altmark»), el Tribunal de Justicia manifestó que las compensaciones por servicio público no constituyen ayudas estatales a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del Tratado, siempre que se cumplan cuatro criterios inseparables. En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable. Finalmente, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso determinado, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria deberá calcularse sobre la base de un análisis de los costes que habría soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte, para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas. Cuando se cumplan estos cuatro criterios, las compensaciones por servicio público no constituyen ayudas estatales y no se aplican las disposiciones de los artículos 87 y 88 del Tratado. Cuando los Estados miembros no respeten estos criterios y se cumplan los criterios generales. Vid. Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2005, relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general [notificada con el número C(2005) 2673].

13. Importa destacar el ámbito de aplicación de la Ley: la definición con carácter básico de la noción de empresa pública del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los entes locales. La clara extensión de su ámbito de aplicación a las empresas públicas locales les impone todas las obligaciones de suministro de información que conllevan la responsabilidad por ello de los administradores. El art. 2 da una noción de empresa pública acorde con el carácter pragmático funcional del Derecho comunitario en los siguientes términos: “Se definen las empresas públicas, a los efectos de esta Ley, cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer,

públicas¹³ y de transparencia financiera de determinadas empresas¹⁴, que incorpora al Derecho español la Directiva de la Comisión 2006/111/, CE de 16 de noviembre de Transparencia de las Relaciones Financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. La Ley tiene por objeto garantizar la transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas, ya sean estatales, autonómicas o locales y las empresas públicas, suministrando información sobre la puesta a disposición de fondos por parte de las Administraciones públicas a estas empresas. Asimismo, tiene por objeto garantizar la transparencia en la gestión de un servicio de interés económico general o la realización de actividades en virtud de la concesión por parte de dichas Administraciones públicas, de derechos especiales o exclusivos a cualquier empresa, siempre que ésta realice otras actividades distintas a las anteriores. En definitiva, pretende garantizar la transparencia acerca de la puesta a disposición de fondos con el fin de dilucidar cuándo se trata de compensaciones legítimas por obligaciones de servicio público, y cuándo constituyen subvenciones. Por ello la separación de la contabilidad procede cuando una misma empresa pública o a la que se haya concedido derechos exclusivos o especiales lleva a cabo actividades mercantiles o industriales además de las de interés económico general. Una empresa deberá elaborar cuentas separadas cuando las Administraciones públicas de ámbito estatal, autonómico o local, le hayan concedido derechos especiales o exclusivos o le hayan confiado la gestión de un servicio de interés económico general, reciba cualquier tipo de compensación por gestionar ese servicio y lleve a cabo otras actividades¹⁵.

directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rijan. 2. En particular, y en la Administración General del Estado, se considerarán empresas públicas, las entidades a que se refiere el apartado 1 del art. 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas. 3. En el ámbito autonómico y local, se considerarán empresa públicas las entidades en las que concurren las circunstancias mencionadas en el apartado primero”.

14. Según la DF Primera tiene carácter de básico en virtud del art. 149.1.13CE bases de la actividad económica, y 149.1.18CE bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas.
15. En el capítulo III, que comprende los artículos 8 a 13, se regulan las obligaciones de las empresas que deben llevar cuentas separadas. La Ley dispone también que la responsabilidad en la elaboración y remisión a la Intervención General de la Administración del Estado de la información requerida en todos los capítulos corresponderá al órgano de administración de las empresas.

II. LA INCIDENCIA DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS: ASUNCIÓN COMO COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LAS MODALIDADES DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

a) Breve reflexión sobre la asunción estatutaria del régimen local y la nueva comprensión de lo “básico”.

La atribución del régimen local como competencia exclusiva autonómica en la reforma de algunos Estatutos de Autonomías ha llevado a hablar de interiorización o “estatutarización” del régimen local. A este respecto, destacan las tesis de los profesores FONTYVELASCO CABALLERO¹⁶, quienes se muestran a favor de reducir la densidad de las bases estatales del régimen local, apoyándose en una interpretación revisada de la jurisprudencia del TC, la Carta Europea de la Autonomía Local y en las Recomendaciones del Consejo de Europa. Pero mientras para FONT¹⁷ la densidad normativa debe pasar a engrosar las competencias autonómicas sobre régimen local recogidas en los nuevos Estatutos de Autonomía, para VELASCO dichas competencias no deberían ser asumidas *ad sidera*, por vía estatutaria, sobre todo cuando se emplea para establecer asimetrías competenciales en materia de régimen local entre las CCAA siendo así que las Entidades locales forman parte de la organización territorial del Estado como ha afirmado el TC, y por tanto, en sentido administrativo, también de las CCAA, con la subsiguiente obligación de que toda la legislación también la estatutaria debe respetar las competencias estatales básicas sobre régimen local. Como manifiesta SÁNCHEZ SÁEZ¹⁸ la interiorización debe estar limitada a las cuestiones no básicas. Además, sería deseable que las bases estatales sobre régimen local adelgazaran, aunque en la actual situación, el aumento de competencias estatutarias sobre régimen local se expone a una confrontación

16. Vid. “El gobierno locales la reforma de los Estatutos: Estatutos de Autonomía, Leyes básicas y leyes autonómicas en el sistema de fuentes del Derecho local”, *Anuario del gobierno local*, 2005, págs. 121- 152. Asimismo en “Autonomía municipal”, en *Autonomía municipal, Administración y regulación económica, Títulos Académicos y profesionales*, Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, págs. 41-76

17. Font i Llovet, T. “El gobierno local en la reforma del Estado de las Autonomías”, *Anuario del Gobierno local*, nº 1 2004, págs. 13-40; “Estado autonómico y gobierno local: el inicio de un nuevo ciclo” *Anuario del Gobierno Local* nº 1 2005, págs. 13-28; “El Govern local en el nou Estatut d’Autonomia”, *Activitat parlamentaria*, nº 12, 2007, pág. 21-30.

18. Seguimos a Sánchez Sáez, A.J *Autonomía local y descentralización. Su naturaleza jurídica*, Titant lo Blanch, Valencia 2008, págs. 82-113.

con la LBRL. Al traspasar las competencias estatales sobre régimen local a las CCAA mecánicamente por vía estatutaria lo que ocurre como gráficamente ha expuesto SÁNCHEZ SÁEZ es que la Administración local cambia de dueño, cuando lo necesario sería que la reducción de las bases estatales redundara en un aumento de la autonomía política local. Para Francisco VELASCO los Estatutos de Autonomía se impondrán sobre la LBRL actual o reformada, ya que estima que las CCAA tienen capacidad para regular exclusivamente todo el régimen local, vista la insuficiencia del título competencial estatal del art. 149.1.18^{CE} para regular con plenitud el régimen local, pues se limita a las cuestiones comunes a todas las Administraciones públicas sin alcanzar ni cubrir las especialidades propias del régimen local, salvo las propias bases del régimen local. No obstante, en punto a esta legitimación de las asimetrías competenciales sobre régimen local asumibles por vía estatutaria consagrada por Velasco Caballero, se alza la postura de ORTEGA ALVAREZ¹⁹ quien considera que la tensión competencial no debe fijarse entre Estatutos–Ley Básica, sino entre Constitución y Estatutos de manera que esa asimetría se limitaría a los supuestos previstos en la CE: si el Estatuto no ocupase todo el campo competencial que se le permite constitucionalmente, el Estado en virtud de la cláusula residual a su favor, ampliaría sus competencias en esa CCAA, aunque dichas competencias no pudiesen tildarse de básicas; 2 Si el Estado no ocupase en su norma básica todo el hipotético campo acotado por la CE, sí podrá el Estatuto ocuparse de ese espacio, atribuyéndole a la CCAA esas competencias en virtud de su desarrollo legislativo; 3 cuando los Estatutos pretendan reducir la sustancia básica de una Ley para integrarla en las competencias autonómicas se vulnera la CE, pues la simetría sólo está consentida más allá de las bases del Estado, que son indisponibles por vía estatutaria.

b) Las formas de gestión de los servicios públicos locales en los Estatutos de Autonomía reformados.

En este lugar, se trata de examinar su incidencia concreta sobre las “formas de gestión de los servicios públicos locales”, por lo que nos limitaremos a un sencillo repaso por orden cronológico para enmarcar las formas de gestión de los servicios públicos locales en la reforma de los Estatutos de Autonomía.

19. Ortega Alvarez, L. “El reparto constitucional de competencias. Legislación básica y Estatutos de Autonomía”, en *Reformas Territoriales*, AAVV, edit Pablo Iglesias, 2006, págs. 104 y ss.

La reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana aprobada por LO 1/2006, de 10 de abril, no contiene un listado de competencias locales, ni, por ende, una referencia explícita a las formas de gestión de los servicios públicos locales. El art. 49 dispone que la Generalidad tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: “8ª Régimen local, sin perjuicio de lo que dispone el nº 18 del apartado I del art. 149 de la CE. Alteraciones de los términos municipales y toponímicos”. Por su parte en el Título VIII dedicado a la Administración local, el art. 63 proclama en el apartado I: “Las entidades locales comprendidas en el territorio de la Comunitat Valenciana administran con autonomía los asuntos propios, de acuerdo con la Constitución Española y este Estatuto”; y “4. La legislación de Les Corts fomentará la creación de figuras asociativas entre las administraciones públicas para mejorar la gestión de los intereses comunes y para garantizar la eficacia en la prestación de servicios”.

El Estatuto reformado contiene asimismo, una referencia expresa a la futura promulgación de una Ley de Régimen local de la Comunidad Valenciana, y también prevé la delegación y la descentralización de competencias en favor de los Ayuntamientos en el art. 64²⁰.

La LO 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Catalana, parte de una nueva clasificación competencial en el art. 110. En el caso catalán y siempre desde la perspectiva del tema que nos ocupa, es decir las formas de prestación de actividades y servicios por los entes locales, el art. 160.1 atribuye a la Generalidad de Cataluña la competencia exclusiva en materia de régimen local que respetando el principio de autonomía local, incluye: “b la determinación de las competen-

20. El art. 64 dispone: “1. Los Municipios estarán regidos por Ayuntamientos de carácter representativo, elegidos por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, como establezca la Ley. En el marco de la legislación básica del Estado, Les Corts aprobarán la Ley de Régimen Local de la Comunitat Valenciana. 2. Les Corts impulsarán la autonomía local, pudiendo delegar la ejecución de las funciones y competencias en aquellos Ayuntamientos y entes locales supramunicipales que, por sus medios, puedan asumirlas, asegurando la debida coordinación y eficacia en la prestación de los servicios.

La distribución de las responsabilidades administrativas entre las diversas administraciones locales ha de tener en cuenta su capacidad de gestión y se rige por el principio de subsidiariedad, de acuerdo con lo que establece la Carta europea de la autonomía local y por el principio de diferenciación, de acuerdo con las características que presenta la realidad municipal. Mediante ley de Les Corts se procederá a la descentralización en favor de los Ayuntamientos de aquellas competencias que sean susceptibles de ello, atendiendo a la capacidad de gestión de los mismos. Esta descentralización irá acompañada de los suficientes recursos económicos para que sea efectiva”.

cias y potestades propias de los municipios y de los demás entes locales en los ámbitos especificados por el art. 84 y c) régimen de los bienes de dominio público comunales y patrimoniales y las *modalidades de prestación de los servicios públicos*”.

Por su parte, el título dedicado al Gobierno local contiene un listado de competencias locales en el art. 84.2²¹, disponiendo que la distribución de las responsabilidades administrativas en tales materias entre las distintas Administraciones locales se rige por las Leyes aprobadas por el Parlamento teniendo en cuenta su capacidad de gestión, el principio de subsidiariedad, de acuerdo con lo establecido por la Carta Europea de la Autonomía Local, el principio de diferenciación, de acuerdo con las características que presenta la realidad municipal, y el principio de suficiencia financiera (art. 84.3). Entre tales competencias queremos destacar el apartado c) “*La ordenación y la prestación de servicios básicos a la comunidad*”.

Asimismo, el art. 87.3 subraya la potestad normativa local al prever que: “Los municipios tienen potestad normativa, como expresión del principio democrático en que se fundamentan, en el ámbito de sus competencias y en los otros sobre los que se proyecta su autonomía”.

21. El art. 84.2 dispone: “Los gobiernos locales de Cataluña tienen en todo caso competencias propias sobre las siguientes materias en los términos que determinen las leyes: a) La ordenación y la gestión del territorio, el urbanismo y la disciplina urbanística y la conservación y el mantenimiento de los bienes de dominio público local. b) La planificación, la programación y la gestión de vivienda pública y la participación en la planificación en suelo municipal de la vivienda de protección oficial. **c) La ordenación y la prestación de servicios básicos a la comunidad.** d) La regulación y la gestión de los equipamientos municipales. e) La regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los locales de concurrencia pública. La coordinación mediante la Junta de Seguridad de los distintos cuerpos y fuerzas presentes en el municipio. f) La protección civil y la prevención de incendios. g) La planificación, la ordenación y la gestión de la educación infantil y la participación en el proceso de matriculación en los centros públicos y concertados del término municipal, el mantenimiento y el aprovechamiento, fuera del horario escolar, de los centros públicos y el calendario escolar. h) La circulación y los servicios de movilidad y la gestión del transporte de viajeros municipal. i) La regulación del establecimiento de autorizaciones y promociones de todo tipo de actividades económicas, especialmente las de carácter comercial, artesanal y turístico y fomento de la ocupación. j) La formulación y la gestión de políticas para la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible. k) La regulación y la gestión de los equipamientos deportivos y de ocio y promoción de actividades. l) La regulación del establecimiento de infraestructuras de telecomunicaciones y prestación de servicios de telecomunicaciones. m) La regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida de los inmigrantes. n) La regulación, la gestión y la vigilancia de las actividades y los usos que se llevan a cabo en las playas, los ríos, los lagos y la montaña”.

La LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears del tema que nos ocupa interesa destacar de una parte el art. 14 y de otra, el art. 75 dedicado a los municipios y demás entidades locales.

En efecto, el art. 14.2 consagra el derecho a gozar de servicios públicos de calidad, bajo la rúbrica genérica del precepto *Derechos en relación con las Administraciones Públicas*. Se trata pues de una acertada referencia expresa a la calidad en la prestación de actividades y servicios por parte de la Administración en general.

El Título III de las competencias se inaugura con art. 30 dedicado a la lista de competencias exclusivas sin perjuicio del art. 149.1 CE. Entre éstas, respecto al régimen local en apartado 2 sólo recoge alteración de los términos municipales y denominación oficial de los municipios y topónimos. Por su parte, el art. 31 en sede de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en el marco de la legislación básica del Estado enumera en el nº 13 el Régimen local. No contiene el Estatuto balear una lista de competencias locales, pero sí formula una cláusula general negativa o residual de competencias en el último párrafo del art. 75.4 en los siguientes términos: “Los municipios tienen en el ámbito de este Estatuto y de las Leyes, libertad plena para el ejercicio de su iniciativa en cualquier materia que no esté excluida de su competencia o atribuida en exclusiva a otra Administración o autoridad”.

Por último, el Estatuto de Illes Balearse contiene una referencia expresa a la aprobación de una Ley autonómica de régimen local²² y que el municipio de Palma tenga una Ley de capitalidad especial.

En definitiva, renuncia a la consagración estatutaria de un listado mínimo de competencias y de materias, por lo que tampoco comprende una alusión expresa a las formas de gestión de los servicios públicos locales.

La LO 2/2007, de 19 de marzo, por la que se aprueba la Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, sigue la estela del modelo catalán entre otros, respecto de la cuestión principal, auténtica nervadura de la reforma, relativa a la nueva clasificación y definición de las competencias autonómicas en el art. 42.

22. “8. El Parlamento de las Illes Balears, en el marco de la legislación básica del Estado, aprobará una Ley de Régimen local para las Illes Balears que tendrá en cuenta necesariamente las diferentes características demográficas, geográficas, organizativas, de dimensión y capacidad de gestión que tiene los municipios, así como las competencias de cooperación local asumidas por los Consejo Insulares”.

Bajo estas nuevas coordenadas, el art. 60 respecto del Régimen local establece:

“I. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el artículo 149.1.18.^a de la Constitución y el principio de autonomía local, incluye²³:

a) Las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales.

b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados en el Título III.

c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y *las modalidades de prestación de los servicios públicos*.

d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, el funcionamiento y el régimen de adopción de acuerdos de todos estos órganos y de las relaciones entre ellos.

e) El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.

f) La regulación del régimen electoral de los entes locales creados por la Junta de Andalucía, con la excepción de los constitucionalmente garantizados”.

Así pues destaca el EA para Andalucía como una materia expresamente incluida en la materia de régimen local propia de la Comunidad Autónoma las modalidades de prestación de los servicios públicos.

Por su parte, en el Título III dedicado a la organización Territorial de la Comunidad Autónoma, el EA para Andalucía consagra un precepto dedi-

23. Se trata pues, en puridad, de una competencia compartida. Asimismo ex art. 89 dedicado a la estructura territorial cuyo apartado 2 dispone: “La Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones locales ajustarán sus relaciones a los principios de información mutua, coordinación, colaboración y respeto a los ámbitos competenciales correspondientes determinados en el presente Estatuto, en la legislación básica del Estado y en la normativa autonómica de desarrollo, con plena observancia de la garantía institucional de la autonomía local reconocida por la Constitución y por la Carta Europea de la Autonomía Local”.

cado a las competencias propias de los municipios en el art. 92²⁴. El apartado 2 recoge un listado de competencias propias entre las que destaca la letra d): “*Ordenación y prestación de los siguientes servicios básicos: abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales; alumbrado público; recogida y tratamiento de residuos; limpieza viaria; prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros*”.

Por último, destacar que el EA para Andalucía contiene dos reservas de Ley en esta materia: de una parte, en el art. 93 para la transferencia y delegación de competencias en los Ayuntamientos²⁵, y de otra parte, a una Ley de régimen local en el art. 98²⁶.

La LO 5/2007, de 20 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. El art. 70.1 proclama que corresponde a la Comunidad Autónoma

24. El art. 92 EA para Andalucía dispone: “1. El Estatuto garantiza a los municipios un núcleo competencial propio que será ejercido con plena autonomía con sujeción sólo a los controles de constitucionalidad y legalidad.

2. Los Ayuntamientos tienen competencias propias sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes: a) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística. b) Planificación, programación y gestión de viviendas y participación en la planificación de la vivienda de protección oficial. c) Gestión de los servicios sociales comunitarios. e) Conservación de vías públicas urbanas y rurales. f) Ordenación de la movilidad y accesibilidad de personas y vehículos en las vías urbanas. g) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del patrimonio histórico y artístico andaluz. h) Cooperación con otras Administraciones públicas para la promoción, defensa y protección del medio ambiente y de la salud pública. i) La regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en los lugares de concurrencia pública. j) Defensa de usuarios y consumidores. k) Promoción del turismo. l) Promoción de la cultura, así como planificación y gestión de actividades culturales. m) Promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público. n) Cementerio y servicios funerarios. ñ) Las restantes materias que con este carácter sean establecidas por las leyes”.

25. Art. 93.1 proclama: “Por ley, aprobada por mayoría absoluta, se regulará la transferencia y delegación de competencias en los Ayuntamientos siempre con la necesaria suficiencia financiera para poder desarrollarla y de acuerdo con los principios de legalidad, responsabilidad, transparencia, coordinación y lealtad institucional, quedando en el ámbito de la Junta de Andalucía la planificación y control de las mismas”.

26. El precepto dispone: “1. Una ley de régimen local, en el marco de la legislación básica del Estado, regulará las relaciones entre las instituciones de la Junta de Andalucía y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad Autónoma, incluyendo las distintas formas asociativas mancomunales, convencionales y consorciales, así como cuantas materias se deduzcan del artículo 60.

2. La ley de régimen local tendrá en cuenta las diferentes características demográficas, geográficas, funcionales, organizativas, de dimensión y capacidad de gestión de los distintos entes locales”.

las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas sobre las materias incluidas en el presente título (V), que ejercerá respetando lo dispuesto en la Constitución y en el presente Estatuto. Así, el art. 71 dedicado a las competencias exclusivas dispone:

“1. En el ámbito de las competencias exclusivas, la Comunidad Autónoma de Aragón ejercerá la potestad legislativa, la potestad reglamentaria la función ejecutiva y el establecimiento de políticas propias, respetando lo dispuesto en los arts. 140 y 149.1 de la Constitución. Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias:

5ª En materia de régimen local, la determinación de las competencias de los municipios y demás entes locales en las materias de las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón; el régimen de los bienes locales y *las modalidades de prestación de los servicios públicos locales*, así como las relaciones para la cooperación y colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Comunidad de Aragón.

Asimismo, incluye la determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Comunidad Autónoma y su régimen electoral”.

Por su parte, el art. 82 dedicado al municipio²⁷ renuncia a un listado mínimo de competencias y materias de titularidad local. El apartado 3 simplemente dispone que: “*El presente Estatuto garantiza a los municipios la autonomía para el ejercicio de sus competencias propias y la defensa de los intereses de la colectividad que representan*”.

La LO 14/2007, de 30 de noviembre, que aprueba la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León El art. 43 en el seno de la organización territorial proclama en el apartado 2 que “Las entidades locales de Castilla y León se regirán por los principios de autonomía, suficiencia financiera, competencia, coordinación, cooperación, responsabilidad, subsidiariedad y lealtad institucional”.

El art. 45 del EA dispone que: 1. Los municipios tienen las competencias propias que se establecen por la legislación básica del Estado y la de la Comunidad Autónoma. Dichas competencias se ejercen con plena

27. El art. 87 prevé una ley de capitalidad para Zaragoza.

autonomía. 3. Los municipios tienen capacidad para ejercer su iniciativa en toda materia de interés local que no esté expresamente excluida de su competencia o atribuida a otras Administraciones por la legislación del Estado o de la Comunidad Autónoma”.

Prevé una Ley de gobierno y Administración local, en el art. 49 en el marco de la legislación básica del Estado y del presente Estatuto²⁸. Asimismo, establece en el art. 50 una reserva de Ley, aprobada por mayoría absoluta, de transferencia y delegación de competencias de la Comunidad a los entes locales.

Contempla el art. 70 en el marco de las competencias exclusivas, en el apartado 4º “Organización territorial de la Comunidad. Relaciones entre las instituciones de la Comunidad y los entes locales y regulación de los entes locales creados por la Comunidad, en los términos previstos en el presente Estatuto”. Por su parte, el art. 71.1.1º cita el régimen local entre las competencias de desarrollo normativo y de ejecución. No contiene pues, listado de competencias de titularidad local, ni por consiguiente, referencia expresa a las modalidades de prestación de los servicios locales.

Por último, vamos a hacer una referencia a la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias 127/000007, BO Congreso de los Diputados serie B Proposiciones de Ley 22 de septiembre de 2006

La Propuesta de Reforma sigue la estela de los Estatutos de Cataluña y Andalucía al incorporar análoga redefinición de las clases de competencias en los arts. 64, 65 y 66²⁹.

28. En dicha regulación se contemplarán las entidades locales menores, así como las comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, consorcios y otras agrupaciones de entidades locales de carácter funcional y fines específicos. La creación en cada caso de áreas metropolitanas se efectuará mediante Ley específica de las Cortes de Castilla y León, así como el Consejo de Cooperación local de Castilla y León (art. 51 del Estatuto).

29. El art. 64 dedicado a las competencias exclusivas dispone: “1. Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en el ámbito de sus competencias exclusivas, de forma íntegra la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Corresponde únicamente a la Comunidad Autónoma de Canarias el ejercicio de estas potestades y funciones, mediante las cuales puede establecer políticas propias. 2. El Derecho propio de Canarias, en materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Canarias, es el aplicable en su territorio con preferencia sobre cualquier otro”.

Por su parte, define como competencias compartidas art. 65: “1. En las materias que el Estatuto atribuye a la Comunidad Autónoma de Canarias de forma compartida con el Estado, le corresponde la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de

Por su parte, el art. 74 contempla el régimen local como una competencia compartida de la Comunidad Autónoma de Canarias que incluye, en todo caso:

- a) Las relaciones entre las instituciones autonómicas, insulares y locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre las mismas, incluyendo las distintas formas asociativas, de mancomunicación, convencionales y consorciales.
- b) La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por la disposición adicional novena.
- c) El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y *las modalidades de prestación de los servicios públicos*.
- d) La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales supramunicipales y el funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos de estos órganos.
- e) El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.
- f) La regulación del régimen electoral de los entes locales creados por la Comunidad Autónoma de Canarias, con la excepción de los constitucionalmente garantizados³⁰.

ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Comunidad Autónoma de Canarias puede establecer políticas propias". El art. 66 Competencias ejecutivas: Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, en el ámbito de sus competencias ejecutivas, la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de disposiciones para la ejecución de la normativa del Estado, así como la función ejecutiva que, en todo caso, incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración Pública".

30. El apartado 2 de este mismo precepto dispone: 2. Le corresponden a la Comunidad Autónoma de Canarias las competencias compartidas sobre haciendas locales y tutela financiera de los entes locales, sin perjuicio de la autonomía de éstos". Por su parte, el art. 72 consagrado a la organización territorial dispone que: "Corresponde a la Comunidad Autónoma de Canarias, respetando la garantía institucional establecida por la Constitución en los artículos 140 y 141, la competencia exclusiva sobre organización territorial, que incluye en todo caso: a) La creación, la supresión y la alteración de los términos tanto de los municipios como de las entidades locales de ámbito territorial inferior; la denominación, la capitalidad y los símbolos de los municipios y de las demás entidades locales; los topónimos y la determinación de los regímenes especiales. b) El establecimiento mediante ley de procedimientos de relación entre las entidades locales y la población, respetando la autonomía local".

De este sucinto repaso por los EA reformados destacan como diferencia fundamental de una parte, aquellos que contemplan el régimen local como una competencia exclusiva autonómica, en el marco de una nueva definición de las clases de competencias. Asimismo, consideramos una opción acertada y acorde con la Carta Europea de la autonomía local aquellos EA que han incluido una lista de competencias propias locales al máximo nivel, amén de la cláusula negativa residual, pues constituye una garantía de un núcleo mínimo propio de competencias de titularidad local. A ello se añade que para el tema que nos ocupa, algunos EA aluden de manera expresa a las modalidades de prestación de los servicios públicos como materia propia del régimen local. A este respecto, el EA de Cataluña y el EA para Andalucía han incorporado de manera expresa dentro del régimen local la noción de “servicios básicos” entre el núcleo irreductible de competencias locales. Pero mientras que el EA de Cataluña no señala cuáles son los servicios que considera esenciales, la LO 3/2007 enumera en el art. 92.2 como servicios básicos de los Ayuntamientos andaluces en los términos que determinen las leyes los siguientes:

“d) la ordenación y prestación del abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales, alumbrado público, recogida y tratamientos de residuos, limpieza domiciliaria, prevención y extinción de incendios y transporte público de viajeros”.

Fácilmente se desprende que el EA para Andalucía en este apartado incorpora dentro de las competencias locales lo que en el art. 26 LBRL³¹ son servicios mínimos de prestación obligatoria en función de la población, así como algunos servicios reservados a tenor del art. 86.3LBRL³².

31. En efecto, el art. 26 LBRL dispone: “Los municipios por sí o asociados deberán prestar en todo caso, los servicios siguientes:

- a) En todos los municipios: Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.
- b) En los Municipios con población superior a 5000 habitantes, además: Parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.
- c) En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, además: Protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.
- d) En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: Transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente”.

32. El art. 86.3 LBRL dispone: “Se declara la reserva a favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte

En puridad, la noción de servicios básicos como competencia propia de los Ayuntamientos de Andalucía constituye una mixtura, una especie de híbrido de los servicios mínimos obligatorios y de algunos servicios reservados en los arts. 26 y 86.3 LBRL. La singularización de los denominados servicios básicos suscita sin embargo algunas dudas: en primer lugar, la más elemental cuestión de si la noción de “servicio básico” tiene una entidad y significación jurídica propia. Estimamos que no, pues tampoco tiene consecuencias jurídicas en cuanto a su naturaleza toda vez que no dejan de ser competencias que el EA reformado reconoce a favor de los entes locales y blindada frente al propio legislador autonómico. Desde esta perspectiva, entendemos que no hay diferencia con respecto al resto de las competencias que se prevén a favor de los Ayuntamientos en el art. 92.2. La misma conclusión nos lleva el examen del EA de Cataluña, aunque en el caso catalán la norma institucional básica no enumera cuáles son los servicios que tienen dicha consideración lo que ofrece como ventaja que evita su petrificación, pues estos pueden evolucionar y cambiar con el tiempo, además de no entrar en una posible confrontación con la futura Ley Básica de Régimen local que en aras de la igualdad pudiera citar algunos servicios como competencia irreductible, estándar mínimo de autonomía en todos los Ayuntamientos de España en aras de preservar la igualdad básica de todos los ciudadanos cualquiera que sea el lugar donde residan. Así pues, la única trascendencia jurídica que puede tener la noción de servicios básicos es desde su puesta en relación con la igualdad de las condiciones básicas de los ciudadanos respecto de los servicios que recibe de los entes locales. Desde este punto de vista se configuraría como una suerte de servicios mínimos comunes para todos los entes locales. De ahí el juego de núcleo mínimo para asegurar la igualdad de las condiciones básicas de la Ley estatal diseñaría un conjunto de actividades y servicios fundamentales a los que la legislación autonómica de régimen local puede añadir otros. No obstante esto será una cuestión a desarrollar por el legislador autonómico de régimen local.

Además, en materia de servicios públicos locales, el desarrollo estatutario del régimen local ha de encarar entre otras, como cuestión técnica esencial la delimitación entre servicios públicos, actividad económica y servicios regulados, en aras de terminar con la actual confusión y dotando

público de viajeros. El Estado y las Comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios”.

a cada uno de un procedimiento propio en consonancia con el art. 128.2 CE. Este elemental asunto ha de abordarse a la vez teniendo en cuenta el Derecho comunitario y sus prescripciones.

III. LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES Y SUS MODOS DE GESTIÓN EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL. PROPUESTAS DE REFORMA.

Como ya se ha señalado, el propio concepto de servicio público local que maneja la LBRL está necesitado de *aggiornamento*, dado que la privatización y liberalización ha transformado el concepto clásico subjetivo de servicio público por la noción de servicio universal y de las obligaciones de servicio público o servicios de interés general según la jerga comunitaria. Este fenómeno ha supuesto asimismo un cambio en el papel de la Administración local que ha de tener potestades ordenadoras y de control sobre tales actividades cuya satisfacción ha de garantizar en niveles de universalidad, regularidad y calidad.

La reforma del art. 85 LBRL por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Medidas de Modernización del Gobierno local (LMMGL) se ha caracterizado por su inmovilismo y las escasas novedades en materia de gestión de servicios públicos. En concreto, por lo que se refiere a los servicios públicos locales se afirma una nueva clasificación de las diversas formas de gestión, que no resulta ser tal, toda vez que el art. 85 continúa con la tradicional división entre modalidades directas e indirectas de gestión. La Ley se limita a incorporar como modalidad de gestión directa la fórmula de entidad pública empresarial para el ámbito local.

También proclama “*una regulación sustancial necesaria de los Organismos Autónomos y sociedades mercantiles con capital social público, hasta ahora sólo reguladas parcialmente en normas reglamentarias*”. Mas en puridad, y por lo que respecta a la fórmula societaria mercantil tal regulación sustantiva no existe, pues el art. 85 ter LBRL viene a transcribir casi literalmente la DA Duodécima de la LOFAGE en la redacción dada por la DF Primera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).

La escasa entidad de las novedades se explican porque la reforma de los servicios locales y sus formas de gestión tienen como presupuesto una definición positiva de las competencias locales desde un reforzamiento de

la autonomía local constitucionalmente garantizada que han de ensamblarse con las modificaciones estatutarias y, un *aggiornamento* obligado de las actividades de las entidades locales y desde luego de la noción de servicio público como categoría. En cambio, el reformado art. 85 LBRL continúa con las viejas categorías.

En otro orden de cosas, la modificación del concepto de servicio público en el art. 85.I LBRL aparece de manera descontextualizada. El precepto dispone que son servicios públicos locales “*los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias*”. Esta redacción parece que ha restringido la noción de servicio público frente a la anterior que disponía: “*son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales*”. Podría entenderse que la noción de servicio público empleada por el legislador en el art. 85.I hace referencia a actividades de competencia y titularidad de la Administración local. Es decir, en sentido estricto servicio público al que se somete al régimen de limitaciones que se imponen tanto en la creación como en sus formas de gestión, distinguiéndolas de las actividades correspondientes a la libre iniciativa económica sometidas por imperativo constitucional a un régimen de igualdad con la iniciativa privada y sin otras limitaciones que el cumplimiento de la concurrencia y la igualdad. Mas la modificación del art. 85.I no ha venido acompañada de la reforma del resto de los preceptos de la legislación local donde se maneja el concepto de servicios públicos locales como equivalente a actividad local con independencia del régimen jurídico de Derecho administrativo o de Derecho privado, así como de su titularidad. Por consiguiente, la modificación del art. 85.I LBRL en sentido de restringir la noción de servicio público local carece de toda virtualidad y no permite extraer ninguna consecuencia jurídica clarificadora al continuar en particular el art. 25.I LBRL disponiendo que: “*El Municipio para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal*”.

Todo ello es tributario, una vez más, del deficiente esquema competencial de la LBRL que, como es sabido, se caracteriza por la ausencia de un listado de competencias locales y una remisión al legislador sectorial estatal o autonómico para atribuir competencias en el elenco de materias de interés local que enumera el art. 25.2LBRL. Por otro lado, la LBRL en el art. 26 establece una serie de servicios mínimos de prestación obligatoria para los municipios según la población. A pesar de estar con-

figurados como un deber de prestación frente al ciudadano lo cierto es que ante la ausencia de un listado de competencias se han considerado tales “servicios mínimos” como equivalentes a competencias mínimas de titularidad las entidades locales. Mas en puridad, incluso con esta interpretación correctora la índole de dicha competencia es “menor” pues se trata sólo y exclusivamente de una competencia de mera gestión, sin poderes de regulación u ordenación lo que imposibilita el diseño de una política municipal sobre tales actividades. En cualquier caso, los servicios mínimos obligatorios del art. 26LBRL han cumplido su función, resultado de la interpretación correctora de la LBRL, ante la ausencia de un listado de competencias locales propias en LBRL por lo que hay que plantear su virtualidad en la actualidad. Consideramos que la futura Ley básica de Gobierno y Administración local debe reducir al mínimo dichos servicios de prestación obligatoria, como estándar mínimo de autonomía local y desde la perspectiva de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los ciudadanos. Asimismo, habría que poner en cuestión el criterio de graduación en función sólo de la población, y descender más en el reconocimiento de la diversidad de la realidad local. En definitiva, corresponde a la legislación autonómica de régimen local en las CCAA que han asumida el régimen local y esta materia como competencia exclusiva la regulación de los servicios mínimos, sus criterios de graduación, teniendo como presupuesto que constituyen competencias propias de titularidad local.

a) La “lofagización” de la actual regulación de las formas de gestión del los servicios públicos locales en LBRL.

La LBRL modificada por LMMGL ha supuesto la incorporación a nivel local de la clasificación que de los organismos públicos ha realizado la LOFAGE. Esta opción viene a confirmar que el Título III de la Ley 6/1997 debería haber tenido la calificación de legislación básica en virtud del art. 149.1.18CE. En definitiva, la finalidad de la reforma ha sido uniformar las modalidades organizativas instrumentales a imagen y semejanza de la LOFAGE, pero desde perspectivas distintas. Pues mientras que la LOFAGE se sitúa en el Título III desde la vertiente de las modalidades de organización de la Administración institucional del Estado, en definitiva, la teoría de la organización, en cambio los arts. 85, 85 bis y 85 ter se posicionan exclusivamente desde la más estrecha perspectiva necesitada de superación de las modalidades de gestión de los servicios públicos. Esta perspectiva más encorsetada de la normativa local tributaria de épocas y coyunturas pasadas provoca algunas confusiones en particular por lo que se refiere a

la necesidad de seguir o no el denominado *expediente de municipalización* que desgrana el art. 97 TRRL³³ en todos sus trámites, para todo tipo de actividades, también para la prestación de servicios públicos locales *estricto sensu*, incluidos los servicios mínimos obligatorios del art. 26 LBRL y los reservados (art. 86.3 LBRL), o sólo para el ejercicio de la iniciativa pública en la economía.

El TS tras mantener primero criterios dispares sostiene a partir de la sentencia de 1 de febrero de 2002 (Arz. 1590) que la creación de empresas municipales para la gestión de servicios públicos esenciales exige asimismo un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida³⁴. Cabalmente, exige en todos los supuestos la tramitación del expediente de municipalización.

Asimismo, y centrados en el tema que nos ocupa, la duda se arrastra y se traslada al procedimiento de creación y aprobación de los estatutos de las modalidades de gestión personificadas suscitando varias preguntas: ¿Es preciso seguir el expediente de municipalización?, ¿en todos los casos?,

33. El precepto dispone: "1. Para el ejercicio de actividades económicas por las Entidades locales se requiere: a) Acuerdo inicial de la Corporación, previa designación de una Comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico. b) Redacción por dicha Comisión de una Memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas por la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Asimismo deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicables a las necesidades generales de la Entidad local como ingreso de su Presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones. c) Exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la Corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y Entidades, y d) Aprobación del proyecto por el Pleno de la Entidad local.

2. Para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidas a la conveniencia del régimen de monopolio, si bien el acuerdo a que se refiere el apartado d) deberá ser adoptado por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

Recaído acuerdo de la Corporación, se elevará el expediente completo al órgano competente de la Comunidad Autónoma. El Consejo de Gobierno de ésta deberá resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses (...)"

34. En el pleito se discutía si la creación de una sociedad mercantil municipal, -en el caso la Sociedad Municipal Residuos Sólidos Urbanos, SL-, que tenga por objeto un servicio público local esencial, como sostenía el Ayuntamiento de Marbella, implica ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 CE y, en consecuencia, exige como presupuesto, la tramitación del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida a que se refiere el art. 86.1 LBRL y 97 TRRL.

¿se superpone éste al procedimiento de aprobación de las normas reglamentarias en el ámbito local? Mas a este respecto, la LBRL guarda silencio. Las dudas que aquí se concitan traen causa en la persistencia del empleo del anacrónico concepto de *municipalización* y *provincialización*, del uso de la expresión de servicios públicos locales como equivalentes a actividades municipales abstracción hecha de si se trata de la manifestación de la iniciativa pública en la economía, y de su regulación bajo el rótulo común de las formas de gestión de los servicios públicos. En efecto, en terminología del Decreto de 17 de junio de 1955 que aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL) todavía en vigor en los arts. 45.1 y 47.1 se denominan municipalización y provincialización a la potestad de iniciativa pública en la economía de los municipios y provincias respectivamente, ya sea en régimen de concurrencia o de monopolio. Por eso, es de gran acierto la Exposición de Motivos de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Normas reguladoras de la Administración Local de Aragón cuando declara que: *“En materia de servicios y actividad económica, la Ley sigue las orientaciones establecidas en la legislación básica estatal, pero simplifica el régimen de la iniciativa local en materia económica, prescindiendo del equívoco concepto de municipalización y provincialización, que tuvo su razón de ser en un momento histórico y con un marco jurídico, en los que la iniciativa económica local tenía carácter excepcional. No tiene ahora sentido, cuando dicha iniciativa está recogida en el art. 128.2 de la Constitución y en la legislación básica estatal de régimen local. La distinción que hoy debe mantenerse es la existente entre servicios o actividades en régimen de libre competencia y en régimen de monopolio”*.

La exportación del régimen estatal a la Administración local lleva aparejado el traslado de las virtudes, pero también de los defectos del régimen de los organismos públicos efectuado por la LOFAGE. En nuestra opinión, en el haber de la traslación del modelo estatal se encuentra el criterio de racionalización aportado por la LOFAGE consistente en el establecimiento de una correspondencia entre forma jurídica elegida y fin o actividad como límite a la discrecionalidad de la Administración en la elección de los ropajes jurídicos, pues cabalmente constituye un elemento esencial en aras de diferenciar desde una punto de vista material la fórmula del Organismo Autónomo de la Entidad pública empresarial local. Baste decir ahora que a tenor del art. 45.1 LOFAGE la fórmula del OA ha de ser utilizada para la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos. En cambio, las actividades propias de las

Entidades públicas empresariales (EPES) a tenor del art. 53 LOFAGE son la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

Asimismo, la LOFAGE ha contribuido a fijar con nitidez los límites de la Administración institucional, quedando extramuros las sociedades mercantiles públicas que, al no ser Administración pública, no pueden disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad (DA Duodécima LOFAGE). De ahí que con acierto el art. 85.3 LBRL reformado por LMMGL disponga: “En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad”³⁵. Es decir, deben ser utilizadas para la prestación de actividades comerciales o industriales.

En cambio, en el debe o lista de desaciertos de la LOFAGE se encuentra la significativa ausencia de las fundaciones, cuya omisión se reproduce en el ámbito local, entre las modalidades de gestión de los servicios públicos locales. Hay que tener en cuenta que el art. 3 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones contiene una habilitación legal genérica en el art. 8 para que las personas jurídico-públicas constituyan fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario. Además, el Capítulo XI de la Ley lleva a cabo una regulación específica para las denominadas “*Fundaciones del sector público estatal*”. Por todo ello, ninguna duda cabe de que las Entidades locales pueden crear y participar en fundaciones, cuestión distinta es si pueden ser utilizadas como una modalidad de gestión de los servicios locales. En mi opinión, ninguna objeción se suscita para ello, -de hecho ya se prevé así en alguna norma autonómica- aunque la legislación local ha de contemplar las especialidades de la utilización de esta fórmula de Derecho privado por la Administración local, en particular su régimen de control. De ahí el acierto de contemplar las fundaciones locales por el art. 77 del APLGAL (2006)³⁶.

35. Precepto que conlleva la necesidad de aclarar la situación de determinadas empresas de capital exclusivo local que realizan la gestión del sistema tributario, utilizando fórmulas de dudosa legalidad por medio del artificio técnico de considerar a la empresa como un ente de cooperación del tesorero en el ejercicio de sus funciones públicas, así como actos de inspección en el caso de sociedades municipales de abastecimiento de aguas o resolución de expedientes de desahucio administrativo en sociedades promotoras de viviendas sociales.

36. Precepto dispone que: “Las entidades locales sólo podrán constituir fundaciones o participar en ellas para el desarrollo de actividades científicas, educativas, culturales, sociales benéficas o de índole similar”.

No obstante, y con respecto a los Organismos Autónomos y Entidades públicas empresariales debe denunciarse el excesivo detalle del art. 85bis, toda vez que llega a determinar de manera pormenorizada y con carácter básico el contenido obligatorio de los estatutos de los Organismo Autónomos locales y Entidades Públicas Empresariales locales. Se constata una duda fundada de inconstitucionalidad por invasión de competencias autonómicas sobre régimen local (en clara contradicción con los Estatutos de Autonomía catalán y andaluz reformados), así como vulneración de la autonomía local en su manifestación más primaria, la potestad autoorganizatoria. Esto se ha traducido en la admisión de sendos recurso de inconstitucionalidad contra la LMMGL al calificar en la DF Primera el art. 85 bis de básico, pues, como afirmo el Consejo Consultivo de Cataluña en su Dictamen 261 de 17 de febrero de 2004 el legislador estatal es competente para dictar las bases del régimen local, pero sin desconocer el margen regulador del legislador autonómico, ni de la potestad autoorganizatoria local. Dentro de las bases, el legislador estatal puede establecer las formas de gestión de prestación de los servicios públicos, pero debe dejar la regulación de los contenidos no básicos de cada una de las modalidades al legislador autonómico³⁷. En este sentido, puede optar el legislador autonómico de régimen local por adoptar la terminología de sus propios organismos públicos o administración institucional, como por ejemplo en

37. Hay tres recursos de inconstitucionalidad acumulados y admitidos ante el TC contra la LMMGL que afectan al art. 85bis LBRL: recurso de inconstitucionalidad nº 1523-2004 promovido por el Parlamento de Cataluña que en sesión celebrada el 25 de febrero de 2004 acordó interponer recurso de inconstitucionalidad contra diferentes preceptos de la LBRL en redacción dada por la Ley 57/2003 y la DF Primera de esta última que declara básicos diferentes preceptos de la LBRL entre los que aquí nos importan el art 85. bis 1 y 2; recurso de inconstitucionalidad nº 1598-2004 promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña asimismo contra la DF Primera y artículo Primero de la Ley 57/2003; y, por último, recurso de inconstitucionalidad nº 1741-2004 promovido por el Gobierno de Aragón igualmente contra la DF Primera de la meritada LMMGL. Dichos recursos están pendientes de sentencia ante el TC.

El recurso de inconstitucionalidad del Parlamento catalán se sustenta en el Dictamen núm. 261 de 17 de febrero de 2004 del Consejo Consultivo de Cataluña, que considera que el citado art 85. Bis 1 primer párrafo a partir de “con las siguientes especialidades” hasta el final del apartado 1 y el art. 85 bis 2 contrarios al orden constitucional y estatutario de distribución de competencias y de la autonomía local. Se considera, pues, inconstitucional la exhaustiva regulación de los OAL y EPES. entiende constitucional que las formas de gestión de los servicios públicos locales sean las propias de la Administración General del Estado (LOFAGE) y el TRLCAP 2/2002, de 16 de junio, al amparo de la competencia estatal exclusiva sobre las “bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” del art 149.1.18CE. Mas la regulación exhaustiva del contenido estatutario de los Organismos Autónomos y Entidades públicas empresariales no deja margen al ejercicio de las correspondientes competencias autonómicas y locales.

Andalucía por amor de la Ley 9/2007, de 22 de octubre de Administración de Andalucía, adoptar la terminología de agencias.

Por último, la regulación de los modos directos de gestión basada en la remisión a la LOFAGE, en la transposición en bloque del esquema estatal o “lofagización”, produce desajustes en el ámbito local. En efecto el art. 85. bis I parte de dicha remisión al prever que: “*La gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los arts. 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto les resulte de aplicación, con las siguientes especialidades (...)*”³⁸. Este método ha supuesto la importación del esquema competencial de la Administración del Estado para los organismos públicos, en concreto las competencias del Ministro, no son trasladables en bloque al Alcalde, por lo que ha provocado desajustes que mal se compaginan con las peculiaridades de la organización local. Estimamos que el legislador básico estatal debe seleccionar los principios generales del modelo, desde la perspectiva organizativa y a plasmar su adaptación al ámbito local³⁹. Todo lo demás, corresponde al legislador autonómico.

b) Algunas propuestas para abordar la regulación de las formas de gestión de los servicios locales.

De manera prioritaria, procede establecer una clara delimitación entre servicios locales de interés general y ejercicio de la potestad de iniciativa económica. De suerte que habría que partir en su regulación de la noción de servicios locales de interés general que prestan o regulan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y aquellas prestaciones que realizan o regulan a favor de los ciudadanos bajo la habilitación de la cláusula del Estado social. Ello permite acoplar nuestra legislación al Derecho comunitario que, como se ha señalado, dentro del género servicios de interés general diferencia los servicios de interés económico general a efectos de su interacción con las normas de la competencia y del mercado interior, y los propios del Estado del bienestar o asistenciales.

38. Puede verse más ampliamente en nuestro trabajo *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, ob. cit. donde se ponen de manifiesto tales desajustes en materia de personal, poderes de dirección o control etc.

39. Martínez-Alonso Camps, LJ. “La Administración institucional en la Legislación autonómica y municipal”, *Administración Institucional*, Jiménez de Cisneros Cid (Dir.), Cuadernos de derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2004, pág. 189.

Acierta en la regulación el Borrador del anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y Administración local (julio 2006) cuando en el art. 74 bajo la rúbrica servicios locales establece: 1. Son servicios locales de interés general los que prestan o regulan las entidades locales en el ámbito de sus competencias y aquella otra actividad prestacional que dichas entidades realizan o regulan, en favor de los ciudadanos, bajo la habilitación legal de la cláusula de Estado social establecida en los artículos 1.1 y 9.2 de la Constitución española. Los servicios locales de interés general garantizan a los ciudadanos la igualdad de acceso y de trato, la continuidad en la prestación y la protección de los derechos de los usuarios.

2. Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán crear servicios para el ejercicio de actividades económicas en régimen de competencia. La aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la entidad local, que determinará la forma concreta de gestión del servicio”.

Dentro de las formas de gestión de los servicios locales de interés general hay que diferenciar los que se prestan en régimen de servicio público y en régimen de actividad reglamentada como lo hace el art. 75 APLGAL⁴⁰. En régimen de servicio público conlleva la asunción de la titularidad de la actividad o servicio con exclusión de la libre iniciativa privada. Quiere decirse que sólo los servicios locales de interés general que se prestan en régimen de servicios público (titularidad de la actividad asumida en exclu-

40. El art 75 dispone: “1. Las entidades locales pueden configurar sus servicios locales de interés general como servicio público y como servicio reglamentado. 2. Los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio público cuando la propia entidad local es la que realiza, directa o indirectamente, la actividad objeto de la prestación. En tal caso, el servicio se gestiona mediante alguna de las siguientes formas:

A) Gestión propia o directa:

a) Por la propia entidad local, con o sin órgano desconcentrado.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

e) Cualquier otra fórmula organizativa prevista en las leyes.

B) Gestión contractual o indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en las normas reguladoras de los contratos de las Administraciones Públicas.

3. Los servicios locales de interés general se prestan en régimen de servicio reglamentado cuando la actividad que es objeto de la prestación se realiza por los particulares, o por organismos públicos distintos al que tiene atribuida la competencia, sometidos a una ordenanza local del servicio que les impone obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general”.

siva por el ente local) pueden prestarse en régimen de monopolio como consecuencia del ejercicio de la potestad de reserva al sector público de servicios esenciales reconocida en el art. 128.2 segundo inciso CE y exige reserva de ley estatal o autonómica, según el reparto constitucional de competencias. Por ende, la reserva en la que consiste la noción estricta de servicio público habilita a la entidad local a prestar la actividad en régimen de monopolio, aunque no obliga a ello.

Cuando los servicios locales de interés general se presten en régimen de servicio público cabe diferenciar entre modalidades de prestación directa o por la propia entidad local y modalidades indirectas o de gestión contractual. En terminología comunitaria se califican como modalidades de colaboración público-privado contractuales (CPPC). Tienen la consideración de formas de gestión de los servicios públicos locales por la propia entidad local cuando la Administración local presta la actividad directamente por sí misma o por medio de un ente instrumental de su exclusiva dependencia y bajo su responsabilidad, sin acudir al concurso de la colaboración privada contractual. Cabalmente, se califica de prestación directa o por la propia entidad local cuando no hay contrato o externalización de la actividad por medio de la colaboración público-privado contractual.

En este sentido, entendemos que entre las modalidades directas habría que contemplar expresamente la *sociedad mercantil interlocal*, es decir, aquella cuyo capital está integrado en exclusiva por el concurso de entes locales (varios municipios, municipios con Diputación provincial, etc) como manifestación de la cooperación y colaboración entre entes locales para prestar actividades y servicios de su competencia y titularidad. La fórmula hay que delimitarla adecuadamente al objeto de que se acomode al Derecho comunitario de la contratación pública y en particular a su exclusión, los denominados los negocios domésticos o in house providing. Es lo que en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público (LCSP) se denominan medios propios o servicios técnicos de la Administración en el art. 4.1.n en relación con el art. 24.6⁴¹ como negocio

41. El art. 4 LCSP dispone: "1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los

excluido de su ámbito de aplicación. La sociedad mercantil interlocal como fórmula de colaboración y de control conjunto por varios entes locales ha de cumplir cumulativamente los requisitos enunciados por el TJCE en el asunto Teckal y sus desarrollos ulteriores: ausencia de autonomía decisoria respecto de las entidades locales encomendantes al ejercer éstas un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios; y que la mayor parte de su actividad la realicen para las entidades encomendantes en su conjunto⁴². Por ende el propio territorio como requisito de validez de la sociedad interlocal como modo de gestión directa de servicios públicos locales.

Por ello, la delimitación entre servicios de interés general e iniciativa económica local, debe traducirse en una diferenciación de procedimiento como corresponde al ejercicio de potestades que son distintas. La prestación de servicios locales en régimen de servicio público por cualquiera de las modalidades de gestión propia o directa debe hacerse por medio de un procedimiento análogo al actualmente previsto en el art. 97 TRRL,

celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección II del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174". Por su parte, el art. 24.6 establece: 6.A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n, los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concorra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas".

42. Vid ampliamente nuestro trabajo *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno local, Serie claves del gobierno local 9, Madrid-Barcelona, 2009.

es decir, expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, suprimiendo toda referencia a los decimonónicos conceptos de municipalización o provincialización de servicios.

En dicho procedimiento debe quedar ensamblada la norma que en el ejercicio de la potestad organizatoria crea y apruebe los estatutos de cualquiera de las modalidades de gestión propia personificada. En caso de aprobación en fases sucesivas, hay que tener en cuenta que los estatutos de los organismos instrumentales personificados (OA EPES Sociedad mercantil local o fundación), tienen naturaleza normativa, y por ende quedan sujetos al procedimiento de elaboración de los reglamentos locales.

Por el contrario, la potestad de iniciativa económica de los entes locales no debe quedar sujeto al mismo procedimiento, sino a uno más simplificado. La CE reconoce sin ambages la potestad de iniciativa pública económica en régimen de igualdad y libre concurrencia con la iniciativa privada en el art 128.2 primer inciso. Sus principios de actuación son la igualdad, concurrencia y no discriminación con la empresa privada, régimen que también se aplica a los entes locales. Por ello entendemos que el término municipal no constituye un requisito en el ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica, esto es, del ejercicio de actividades económicas por los entes locales. Eso sería como “poner puertas al campo” de la actividad económica. El territorio es requisito de validez de la competencia, es decir, de actividades de la competencia y titularidad local, pero no del ejercicio de actividades económicas como un empresario más en el mercado, de la misma manera que de la CE no se infiere semejante límite territorial para el ejercicio de la potestad de iniciativa pública económica para el Estado ni para las CCAA. Por el contrario, el territorio si constituye como manifestación de la competencia requisito de validez de los modos directos de prestación de los servicios públicos locales.

Por último, habría que hacer alusión expresa a las empresas públicas locales que desde el punto de vista de la actividad encomendada tienen un objeto híbrido: actividades de mercado como manifestación de la potestad de iniciativa pública económica y actividades que constituyen servicios locales de interés económico general, para someterlas a una obligación de transparencia reforzada y de control de subvenciones cruzadas. En aras de evitar que las actividades de mercado se financien con ayudas otorgadas para la prestación de actividades de interés general, infringiendo las normas de la competencia y del mercado, quedan sujetas a la obligación

de llevanza de cuentas separadas y de las obligaciones de información en los términos de la citada Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia de las Relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas a la que ya se ha hecho referencia.

IV. AVANZAR EN LA JURIDIFICACIÓN DE LA CULTURA DE LA CALIDAD DE LAS ACTIVIDADES Y SERVICIOS LOCALES.

La calidad no es sólo una filosofía de mejora, sino una forma de gobernar, más participativa, transparente y democrática. Como afirma MERINO ESTRADA cualquier organización necesita justificarse y la Administración no escapa a esta regla. Integrada como está en el sistema político-administrativo, recibe parte de su legitimidad del propio sistema: legitimidad institucional. Otra parte la obtiene en función de la generación de rendimientos en la solución de los problemas sociales. Es una legitimación de eficiencia. A su vez, esta última influye en la propia legitimidad global del sistema político y por ello tiene cada día más importancia⁴³.

Por su proximidad, la Administración local se halla en contacto diario con el ciudadano, para quien es irrelevante, desconoce y no tiene por qué conocer, la distribución de competencias entre las diferentes Administraciones públicas. Para el ciudadano lo que importa es recibir servicios de calidad⁴⁴.

a) Interacción entre calidad y organización.

Es necesario en el actual contexto, subrayar la importancia de la calidad y su incidencia en la organización en el ámbito local. Calidad es siempre un objetivo o compromiso de mejora por encima de las exigencias legales. He propugnado la cultura de la calidad como cláusula de cierre del círculo de

43. Vid. Merino Estrada, V. "La calidad total en la Administración local. Fundamentos y Orientaciones básicas", REAL n° 291, 2003 en particular págs. 687, 688-689 "Si la competitividad es el motor que ha impulsado a las organizaciones industriales y más tarde de servicios a trabajar con calidad, lo que impulsa a la Administración Pública es la búsqueda de legitimidad, el fortalecimiento de su legitimidad por rendimientos".

44. Ello explica que se calcule en un 30% las prestaciones y servicios prestados por las entidades locales que no son de su competencia y que por tanto, carecen de financiación. Asunto que nos remitió una vez más a la primigenia cuestión competencial, pues sólo con competencias propias pueden hacerse políticas propias, y exigir responsabilidades por las mismas.

la racionalidad organizativa⁴⁵. La calidad de los servicios y sus técnicas de evaluación se erigen en parámetros de control de la discrecionalidad de la Administración en la elección de las fórmulas organizativas, al tiempo que fundamenta una parte importante de su legitimidad ante los ciudadanos. Calidad y organización se complementan recíprocamente, incidiendo sobre lo que tradicionalmente se denomina formas de gestión de los servicios públicos. Con ello queremos subrayar la búsqueda de la racionalidad organizativa desde el concepto de calidad de los servicios y actividades que la Administración presta o garantiza a los ciudadanos, toda vez que en una Administración pública moderna calidad y organización van inescindiblemente unidas, pues se condicionan y complementan recíprocamente. De suerte que una reflexión seria sobre la organización ha de tener por objetivo la calidad, así como objetivos predefinidos de calidad, han de incidir en lo organizativo.

b) Juridificación de las Cartas de Servicios.

Sin embargo, considero que desde la vertiente *ius* administrativista se puede y se debe avanzar más en la juridificación de la calidad y sus técnicas de evaluación que nos permitan completar la relación entre la calidad como fin, la organización como medio y, por último, la responsabilidad como efecto o consecuencia⁴⁶. Para ello, vamos a centrar nuestras reflexiones en las Cartas de servicios⁴⁷, que pueden entroncarse, en parte, en el art. 35.g LPAC “*derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigente impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se proponga realizar*”, es decir, con el contenido informativo de las cartas de servicios. Como señala el profesor TORNOS MAS⁴⁸ en el ámbito local las cartas de servicio han tenido una aplicación práctica destacada, al tratarse de una Administración de carácter marcadamente prestacional y muy cercana al ciudadano. Sin embargo, la legislación local general, estatal y autonómica, impone tan sólo a las

45. Vid ampliamente Montoya Martín, E. *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, iustel, Madrid 2006, págs. 69-83.

46. Corresponde a la ciencia de la Administración conocer los concretos procedimientos de elaboración, su real implantación y su real incidencia en la calidad.

47. Las Cartas de Servicios fueron producto de las políticas conservadoras para el sector público iniciadas en el Reino Unido a iniciativa del primer ministro John Major, con el objetivo de introducir en la forma de prestar los servicios públicos las técnicas del sector privado.

48. Seguimos el interesante trabajo de Tornos Mas, J. “Las Cartas de servicios”, *QDL*, nº 10, febrero de 2006, págs. 72-81.

Corporaciones locales el deber genérico de facilitar información sobre su actividad a todos los ciudadanos en el art. 69.I LBRL⁴⁹. No obstante son muchos los entes locales que han recurrido a la técnica de la carta de servicios para informar a sus ciudadanos y adoptar compromisos de calidad.

Desde esta perspectiva jurídico administrativa hay dos extremos esenciales que se plantean: a) la naturaleza jurídica de las cartas de servicios; b) contenido y consecuencias del incumplimiento total o parcial de los compromisos de calidad asumidos por la Administración, es decir, la cuestión de la responsabilidad.

I. Naturaleza normativa de las cartas de servicios.

Las normas que están implantando la cultura de la excelencia en la prestación de servicios de la Administración subrayan que las cartas de servicios o derechos que regulan no constituyen reconocimiento de nuevos derechos o servicios, sino sólo plasmación, concreción, recopilación o complemento de los que los ciudadanos ya tienen garantizados por el CE y el resto del ordenamiento jurídico. Proclaman que las cartas de servicios no tienen el carácter de disposiciones normativas, carecen pues de efectos jurídicos vinculantes⁵⁰. Mas entiendo con el profesor TORNOS que esta concepción, sin negar su sentido y su valor, devalúa el sentido de las cartas de servicios, ya que los ciudadanos verán en las mismas una simple formalidad de propaganda o una información sin consecuencias. Ello puede llevar a que vayan perdiendo su sentido y su relevancia a efectos meramente internos. Por ello debe reconocerse a las cartas de servicios el valor de verdaderas normas, que vinculan a la Administración de forma interna y externa. La Administración debe actuar responsablemente al dar información sobre su actuación y al definir públicamente los compromisos prestacionales que asume ante los ciudadanos. Y debe aceptar que queda vinculada por sus propias declaraciones.

Las cartas de servicios deben equipararse a normas reglamentarias, en tanto son disposiciones de carácter general con eficacia ad extra que

49. El art. 69.I LBRL dispone: "Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local".

50. Por ej. art. 18.2 de la Ley foral Navarra 21/2005, de 29 de diciembre, de evaluación de Políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos dispone: "Las Cartas de Servicios incorporarán compromisos voluntariamente adquiridos por las Administraciones Públicas para una mejor prestación de sus servicios públicos, y los indicadores que aseguren su cumplimiento. No tienen el carácter de disposiciones normativas y no surten efectos jurídicos vinculantes".

imponen obligaciones a la Administración y reconocen intereses o derechos de los ciudadanos. En este sentido son decisiones que deben ser publicadas o puestas en conocimiento efectivo de los ciudadanos. No se trata pues, de meras instrucciones u órdenes de servicios (art. 21 de la Ley 30/1992), en la medida en que su incumplimiento puede afectar a la validez del acto dictado por el órgano administrativo⁵¹.

2. Contenido y consecuencias del incumplimiento total o parcial de los compromisos de calidad asumidos por la Administración: el derecho a una compensación económica es independiente de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración.

La finalidad esencial de las cartas de servicios debería ser el de dar información sobre el contenido de las prestaciones, quien puede acceder a las mismas, plazo, condiciones y qué niveles de calidad⁵². No obstante, la práctica nos demuestra que bajo el nombre de cartas de servicios también se ofrece mucha información sobre actividad formalizada de la Administración y la posición general del ciudadano ante la Administración,

51. Tornos Mas, J. "Las Cartas de servicios", ob. cit. pág. 78. Al admitir su carácter reglamentario se admite la aplicación de la impugnación directa e indirecta y tanto por razón de forma como fondo. El profesor Tornos cita la STSJ de Cantabria de 22 de octubre de 2004 (JUR 2004/291741), en la que se entra a conocer sobre la validez de una carta de servicios, en concreto sobre información facilitada en la misma. Los recurrentes son funcionarios que entienden que la información facilitada en una carta de servicios en relación con el órgano competente para resolver un determinado procedimiento suponía una modificación sustancial de la relación de puestos de trabajo. El Tribunal admite el recurso y lo rechaza afirmando que la carta de servicios puede introducir una variación competencia en el ejercicio de funciones administrativas al haberse dictado por quien tenía competencia para proceder a esta variación y ser su contenido lógico y conforme al principio de eficacia administrativa.

52. Y por último y muy interesante, la acción de responsabilidad derivada de la información facilitada en la carta de servicios. Es decir responsabilidad en los casos de información confusa o errónea para el administrado. Por ej sobre plazo. Por eso se ha generalizado la mala praxis de las cláusulas de exención de responsabilidad de la Administración cuando facilita información, en particular por Internet, a mi juicio contrarias al art. 106.2CE. Otra es, como señala el profesor TORNOS, el problema de verificar el cumplimiento del requisito de relación de causalidad entre información errónea y daño producido. En términos generales la existencia de responsabilidad administrativa se ve reforzada por el principio de confianza legítima de la información suministrada por la Administración en este caso por las cartas de servicios. Como criterio jurisprudencial en doctrina alemana ya se ha asentado el criterio de la intensidad inductiva, es decir la intensidad informativa. También en nuestra jurisprudencia se hace depender relación de causalidad y, por ende, la responsabilidad administrativa -aunque todavía no en el caso de las cartas de servicios- de la intensidad informativa. Se trata de dilucidar si la información provoca o no intensidad persuasiva o inductiva suficiente como para generar el derecho a ser indemnizado.

reproduciendo en ocasiones el art. 35 o 42 de la LPAC⁵³. La conclusión que así concebido la Carta de servicios no sería una técnica de calidad. Los compromisos de calidad o estándares han de ser objetivos, reales, fiables y representativos de los parámetros o dimensiones de la prestación del servicio más relevantes para los usuarios y no de simples proclamas o eslóganes publicitarios carentes de contenido. Los estándares versan sobre la receptividad (por ejemplo accesibilidad transparencia y atención); la calidad técnica (acierto, precisión, ausencia de error) y la actividad (tiempos de respuesta, extensión de la oferta, flexibilidad)⁵⁴. Por ello desde esta perspectiva importan los compromisos que sean cuantificados y verificables compromisos concretos.

Por último, una auténtica cultura de la calidad suscita la cuestión del grado de vinculación de la Administración con los compromisos de excelencia voluntariamente asumidos respecto de los usuarios, y ciudadanos en general. En otros términos, se plantea la eficacia de tales compromisos y sus consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento total o parcial, es decir las consecuencias a efectos de responsabilidad administrativa. Pues una auténtica cultura de la calidad ha de regirse por los principios generales de la prevención y de la responsabilidad⁵⁵ como concreción de los arts. 9.3 y 106.2 CE.

53. Sobre la cuestión de si son válidas las cláusulas de auto exención de responsabilidad incluidas en las cartas de servicios por la información suministrada, hay que partir del art. 106.2CE que reconoce responsabilidad “en los términos establecidos por la ley”. Mas una cosa es la ley y otra una carta de servicios. Además es cuestionable la competencia de la Administración para excluir de forma unilateral una obligación que la ley le impone de forma general. En definitiva, si un particular puede acreditar que existe una relación directa de causalidad entre el daño que ha sufrido y una información contenida en una carta de servicios, los tribunales de justicia se resistirán a entender que la relación de causalidad se rompió por la cláusula unilateral de exención de responsabilidad redactada por la Administración, Tornos Mas “Las Cartas de servicios” ob. cit, pág. 82.

54. Vid. a este respecto nuestra reflexión en *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*, ob. cit. págs. 78 y 79 donde se propone implantar como estándar de calidad el uso de la mejor tecnología disponible económicamente viable.

55. Vid. Art. 4 de la Ley 21/2005 de 29 de diciembre, de evaluación de las políticas públicas y de la calidad de los servicios públicos de Navarra, cuya letra g) define el principio de prevención como forma de diseñar políticas y de gestionar y prestar servicios que se anticipa a los problemas y demandas que pueden suscitarse; y el principio de responsabilidad en la letra j) como forma de gestionar que asume de forma expresa sus obligaciones ante la ciudadanía y, en caso de mal funcionamiento de los servicios públicos, adopta medidas adecuadas para su corrección en el menor tiempo posible e indemniza a los perjudicados en los términos previstos en las leyes.

La vinculación de la Administración a los compromisos asumidos es un paso más al que ha de tenderse. La normativa estatal en el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad de la Administración General del Estado en el art. 9 dedicado a la estructura y contenido de las cartas de servicios, letra c) medidas de subsanación en caso de incumplimiento de los compromisos declarados, excluye expresamente la responsabilidad patrimonial de la Administración⁵⁶. La compensación o medida de subsanación que prevé debe ser independiente del régimen de responsabilidad. Como bien indica TORNOS la compensación es una prestación a favor del ciudadano por el incumplimiento de un compromiso, al margen de cuál haya sido el daño efectivo que le haya causado tal incumplimiento. Como tal, el contenido de la compensación es igual para todo ciudadano y se concede a instancia del mismo una vez se constate el incumplimiento del compromiso. Así, por ejemplo, el retraso en el servicio de transporte comporta la devolución del billete, al margen de los perjuicios económicos que haya causado

56. El art. 9c) del Real Decreto 951/2005, de 29 de julio dispone: "Medidas de subsanación en caso de incumplimiento de los compromisos declarados, acordes con el contenido y régimen jurídico de prestación del servicio, con independencia de lo establecido en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Deberá señalarse expresamente el modo de formular las reclamaciones por incumplimiento de los compromisos, cuyo reconocimiento corresponderá al titular del órgano u organismo al que se refiera la carta, y que en ningún caso darán lugar a responsabilidad patrimonial por parte de la Administración.

En el supuesto de que se prevean medidas de subsanación de contenido económico, éstas requerirán informe preceptivo favorable del Ministerio de Economía y Hacienda".

Por su parte, las normas autonómicas no se pronuncian al respecto aunque destacan tibias referencias en el Decreto 148/2004, de 1 de julio, por el que se regulan las Castas de Servicios y Observatorio de la Calidad de la Xunta de Galicia cuyo art. 8 en el marco de los compromisos definidos en la Carta General de Servicios de la Xunta dispone en el apartado 3 que las cartas sectoriales deberán expresar "compromisos de calidad que se ofrecen a los ciudadanos, así como su forma de medición, incorporando, cuando proceda, compensaciones para su incumplimiento". Asimismo, el Decreto 149/2004, de 14 de octubre, por el que se aprueba la carta de Derechos de los Ciudadanos, se regulan las Castas de Servicios y se definen los sistemas de análisis y observación de la calidad en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura en el art. 5 bajo la rúbrica Eficacia de la Carta de Derechos de los Ciudadanos dispone: "1. Los ciudadanos podrán exigir el cumplimiento de los derechos reconocidos en esta Carta, que vincula a las autoridades y empleados públicos al servicios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura. 2. Todas las Consejerías adoptarán las medidas oportunas y proveerán los medios necesarios para garantizar la efectividad y el pleno respeto de los derechos reconocidos en la Carta de Derechos del Ciudadano".

al ciudadano dicho retraso. Y esto es algo distinto e independiente de la acción de responsabilidad⁵⁷. En definitiva, la existencia de compromisos verificables y cuantificables debe incluir la acción de responsabilidad con independencia de la compensación prevista por incumplimiento del compromiso. La determinación de la existencia o no de lesión antijurídica puede estar influenciada de forma muy destacada por el contenido de las cartas de servicios, pues pueden actuar como estándares de calidad que ayuden a determinar si el daño sufrido puede o no configurarse como un supuesto de lesión antijurídica⁵⁸.

Asimismo, la juridificación de las cartas de servicios, permitiría fundamentar el recurso contencioso administrativo por inactividad material de la Administración en virtud de los arts. 25.2 y 29 LJCA.

En definitiva, la calidad de los servicios, actividades y prestaciones en el ámbito local. Vertiente por la que corresponde avanzar al legislador autonómico y que encuentra un ámbito propio de la potestad normativa local.

57. Tornos Mas, J. "Las Cartas de servicios", ob. cit. pág. 80.

58. Por lo que afirma acertadamente el profesor Tornos que: "Por ello creo que importa destacar la relevancia que pueden tener las cartas de servicios como normas que establezcan unos compromisos que se reconozcan como los estándares de calidad que predeterminan si la actuación administrativa debe calificarse de funcionamiento normal o anormal de la Administración, lo que en definitiva supone introducir elementos de culpa dentro del régimen objetivo de la responsabilidad", ob. cit. pág. 80.

EMPLEO PÚBLICO LOCAL Y FUNCIÓN DIRECTIVA

Federico A. Castillo Blanco

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Granada

I. ¿NUEVOS PARADIGMAS PARA LA ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE DIRECCIÓN POLÍTICA Y ADMINISTRATIVA DEL GOBIERNO LOCAL?

Hace algún tiempo ya mantuve la opinión de que nuestro modelo o forma de Gobierno local se había transformado sustancialmente desde la aprobación del texto constitucional¹. Una transformación, además, que como apunté, no podía calificarse simplemente de nominal sino que, mucho más allá, la misma tenía un carácter sustantivo y afectaba al propio arquetipo del gobierno y administración municipal².

Y es que, en efecto, las modificaciones en la organización y funcionamiento de este escalón territorial acontecidas en 1999, con la reforma de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y más adelante con la “*pomposamente*” denominada Ley de Modernización del Gobierno local en el contexto del denominado Pacto Local y las propias normas específicas dictadas para Barcelona y Madrid han dibujado un panorama distinto. Notoriamente distinto. Lo cierto es, sin embargo, que como apuntaba en el trabajo citado, el problema es que dicho hecho, se diga lo que diga y a pesar del esfuerzo realizado en el Libro

-
1. CASTILLO BLANCO, F.A., “La Ley de modernización del Gobierno Local: función de Gobierno, funciones directivas y funcionarios con habilitación de carácter nacional”, *Revista de Estudios de Administración Local*, n° 292-293, 2003, pp.163 y ss.
 2. Modificaciones y nuevas perspectivas que, inclusive y en lo que tengan de exceso, han provocado la reacción de algún autor que ha venido a denunciar una revolución antiestatal en la que conviven un conjunto de organizaciones públicas inconexas PARADA VÁZQUEZ, J.R. “La segunda descentralización: del Estado Autonómico al Municipal”, *Revista de Administración Pública*, n° 172, pp. 9 y ss. Especialmente crítico se muestra, a este respecto el citado autor, con la parlamentariación del Gobierno local (p. 73).

Blanco sobre el Gobierno Local³, no se ha acompañado de una más acertada reflexión sobre el sistema de dirección política y directiva de nuestros Gobiernos locales⁴.

Que se han producido cambios en el contexto político, económico y social no hay duda, como no la hay de que nuevas perspectivas derivadas de la era global en que nos encontramos establecen nuevos parámetros para comprender las nuevas funciones como gobierno del territorio que han asumido los entes locales⁵.

Muy a vuelapluma se puede señalar que en esta nueva etapa en las que la economía global se materializa en una red transfronteriza de regiones y ciudades estratégicas y en las que se integran no solo grandes ciudades, sino, también, ciudades medias, el escenario político tiene nuevos actores, a partir de las regiones y las ciudades⁶. Y esto nos lleva, de forma obligada, a la necesidad de replantear las relaciones tradicionales entre el Estado-Nación y las unidades subestatales que se manifiesta en varios sentidos: el primero de

-
3. Dicho Libro Blanco ya señala en su Prólogo que “Respecto al tercer gran ámbito, el del sistema de gobierno local, las líneas principales apuntan a la necesidad de una diferenciación más clara entre las funciones del pleno y las del alcalde y los demás órganos que integren el ejecutivo local, así como a la conveniencia de incrementar el campo de acción de la potestad de autoorganización local, con un diseño no exhaustivo del modelo orgánico funcional que, manteniendo las garantías de democracia, control y participación, permita el respeto a la diversidad y la adaptación a las características locales”.
 4. Sobre el conjunto de la problemática es muy relevante la opinión de los partidos políticos de ámbito nacional más relevantes recogida en el volumen colectivo *Problemas actuales de la Administración Local*, Colex, Madrid, 2002, y en el que se recogen las opiniones de PSOE, PP y IU sobre los retos a los que han de enfrentarse los municipios en este momento. Opinión que, en algunos casos resulta ser contradictoria, como sucede con la del Partido Popular que, en el caso de Baleares, ha mantenido una posición netamente distinta con la interposición inclusive de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Consejos Insulares por su desnaturalización como Administraciones locales. Véanse las reflexiones, en torno a este último punto, en PAREJO ALFONSO, L., “La cuestión de la organización del gobierno y la administración insulares en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares”, *REAL*, n° 291, págs. 891 y ss.
 5. Hay una interesante bibliografía sobre la influencia de estos cambios en las entidades locales. A título de ejemplo destaquemos BORJA, J. y CASTELL, M., “Local y Global. La gestión de las ciudades en la era de la información”, Taurus, Madrid, 1997; PASCUAL Y ESTEVE, J.M., “La estrategia de las ciudades”, Diputación de Barcelona, Barcelona, 1999; FORN i FOXA, M., “Planificación estratégica y desarrollo económico”, en el volumen *Las grandes ciudades: debates y propuestas*, Economistas Libros, Madrid, 1991; PORTER, M., “La ventaja competitiva de las naciones”, Plaza y Janes, Barcelona, 1992; SORKIN, D. L. y otros, “Strategies for Cities and Countries”, Public Technology Inc., 1987. Por último, y en torno al papel de las ciudades en la globalización, puede consultarse el trabajo de SASSEN, S., “Las ciudades en la economía global”, Editores ROJAS y DAUGHTERS, BID, Washington, 1998.
 6. BORJA, J., La internacionalización de las ciudades, en *Revista Córdoba, Ciudad y desarrollo*, n°9.

ellos, ya clásico y suficientemente analizado por la doctrina científica, en el desbordamiento del primero que ha impulsado de forma creciente los procesos de descentralización del ejercicio del poder (con pérdidas de soberanía instrumental en marcos más amplios y con una crisis en su gestión pública en el interior que le priva de asignar eficiente y equitativamente sus recursos); en segundo término, la aparición de nuevos actores públicos y privados que obligan a replantear las funciones de intervención y toma de decisiones tradicionales; por último, y en tercer lugar, con una ampliación de las funciones tradicionales de los entes locales que ya no tienen un horizonte prefijado de antemano limitado al estrecho margen establecido en el sistema español por las leyes estatales y autonómicas, sino que se ven llamados a constituirse en actores de su propio desarrollo generando estrategias de desarrollo y promoción económica local tendentes a proyectarse externamente y generar ventajas competitivas territoriales⁷.

En resumen, y como han puesto de manifiesto MAGRE y BERTHANA, estamos ante un “nuevo localismo” en el que las instituciones locales se refuerzan, con un contenido político y no meramente administrativo, por variados motivos: por la capacidad demostrada por los municipios para hacer frente a los procesos de mundialización; por la importancia de la identidad cultural de lo que es local en estos procesos; y, por último, indican los citados autores, por las posibilidades de desarrollar procesos de índole democratizadora a través de la participación activa de los ciudadanos⁸.

Elementos a los que hay que unir, como ha señalado RAMIO, que nos encontramos frente a un importante proceso de cambio - similar en im-

-
7. En síntesis, los cambios a que nos referimos han producido una cierta transformación de las circunstancias en que se desenvolvían tradicionalmente las relaciones entre las entidades estatales y subestatales que se han traducido en un nuevo esquema de relaciones en el ejercicio del gobierno del territorio. A saber: a) La generación de una nueva relación entre el Estado Nacional y las administraciones subregionales y municipales en que éstas últimas son los principales actores del desarrollo; b) Los procesos de integración regional exigen que la planificación del desarrollo se desarrolle bajo parámetros distintos y más amplios; c) Un mundo más global que genera lo que se ha dado en llamar una nueva geografía de poder en que la competitividad viene ligada a cuestiones territoriales y en que el incremento de la competencia se produce entre territorios (no necesariamente naciones), y especialmente entre sus puntos nodales: las ciudades. Véase al respecto el trabajo de DEL HUERTO ROMERO, M. MADOREY, O. “Ciudades y Regiones frente a las transformaciones globales”, *GAPP*, n° 10, 1997, págs 115 y ss.
 8. MAGRE FERRAN, J. y BERTRANA HORTA, X., “El Alcalde como líder político y ejecutivo en los países de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, julio 2003, pág. 69, con cita de NAVARRO, C., “Límites al nuevo localismo: Gobierno municipal de las democracias occidentales en perspectiva comparada”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 100. 1998

portancia al que se experimentó en los años veinte del siglo pasado cuando el sector público en España se multiplicó por tres apostando por la intervención económica o en los años ochenta cuando el sector público se duplicó al diseñarse un Estado del bienestar descentralizado a nivel político y administrativo - gradual pero muy relevante que consiste en la acomodación institucional y de gestión de nuestras Administraciones públicas, inspirado por la denominada “Nueva Gestión Pública”, a un modelo de Estado del Bienestar condicionado por unos limitados recursos económicos⁹.

Este cúmulo de circunstancias, que finalmente han de repercutir en las decisiones que se adopten y que sin duda han de transformar los parámetros de acción y decisión en que se desenvuelven nuestros Gobiernos locales, nos introducen en la necesidad de una nueva Gobernanza local que ALLÍ ARANGUREN ha caracterizado en una serie de elementos presentes en ésta y a la que los gobiernos locales han de dar respuesta: a) un escenario de muchos participantes en que los problemas colectivos sólo pueden ser resueltos por los poderes públicos con la cooperación de otros protagonistas por medio de fórmulas de participación, colaboración, mediación, arbitraje y autorregulación que hacen más eficaz y legítima la acción pública; b) regulación por regla formales e informales que han sido elaboradas de modo participativo por los implicados en su posterior aplicación y evaluación, que la dotan de legalidad; c) utilización de las estructuras sociales, de las redes de cooperación y los mecanismos de mercado y del management para la mayor eficacia de la gestión; d) funcionamiento con lógica de medios-fines, aportaciones-resultados, eficacia y eficiencia, y con otras más fundadas en los valores de la ética democrática, como la transparencia, la integridad, la honestidad, la responsabilidad, la confianza social, la igualdad, etc.; toma de decisiones políticas por agentes políticos y en marcos políticos, no solamente por gestores y tecnócratas¹⁰.

No parece que, ciertamente, estos cambios puedan ser afrontados con las mismas fórmulas que han caracterizado a nuestro régimen local en los últimos años. Menos aún desde una perspectiva uniforme, como tradicionalmente ha acontecido en nuestro país, ya que esa visión, sin duda, empieza

9. RAMIO, C, “Diagnóstico y propuestas sobre la innovación institucional y de gestión de las Administraciones Locales”. *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, julio 2003. pág. 127.

10. ALLÍ ARANGUREN, J., “La gobernanza local”, *Revista de Estudios de Administración Local*, n°291. pág.67.

a presentar sus déficit¹¹. Y este principio de diversidad, además, no sólo ha de plasmarse en el régimen organizativo como ha acontecido en la Ley de Modernización del Gobierno Local, sino también, y me parece al menos igual de relevante, en el esquema competencial¹², si no somos capaces de estructurar un funcionamiento adecuado de la intermunicipalidad o no consideramos conveniente afrontar procesos de fusión municipal¹³. La pregunta, como decíamos, es si se ha hecho suficientemente y en la forma adecuada.

En suma, y como ha destacado algún autor¹⁴, complejidad creciente (social, económica, normativa, funcional, etc..) y demandas en la prestación de servicios que ha de tener su necesario reflejo en la formas de organización administrativa y en las formas de articular nuestro gobierno y nuestra burocracia local.

II. EL SISTEMA DE DIRECCIÓN PÚBLICA EN NUESTRO GOBIERNO LOCAL: DE LA INEXISTENCIA DE SISTEMA A LA USURPACIÓN POLÍTICA DE LA FUNCIÓN DIRECTIVA.

Estas nuevas circunstancias en que se desenvuelven nuestras entidades locales parecerían precisar de un liderazgo político y una función directiva que difícilmente puede desenvolverse en los parámetros y marcos jurídicos que existían en el inicio en nuestro país del gobierno local democrático¹⁵. Simplemente, ni las necesidades hoy son tan evidentes en las

11. Véase, en torno a este punto, FONT I LLOVET, T., "La evolución del gobierno local en España: de nos nuevos principios a la geometría variable", Anuario de Gobierno Local 1999/2000, Marcial Pons, 2000 y en el que se reclama que se atienda a la diversidad que presentan los gobiernos locales en la actualidad.

12. En el mismo sentido puede verse el trabajo de MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., "Ante la reforma del Régimen Local", Revista de Estudios de Administración Local, n° 291, pág. 738 y 747 y ss..

13. Cabe aquí volver a referirse al documentado trabajo de PARADA VÁZQUEZ, J.R., "La segunda descentralización...", op. cil, pp. 43 y ss y la crítica reflexiva que realiza al Anteproyecto de Ley redactado como consecuencia del Libro Blanco sobre el Gobierno Local que considera no dará respuesta a los problemas existentes.

14. RODRÍGUEZ ALVAREZ, J.M., "La política de selección de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional", GAPP n° 16, 1999, págs. 133 y ss.

15. Puede verse, a estos efectos, y por su reciente aparición, el conjunto de trabajos incluidos en el número extraordinario de la Revista de Estudios Locales de julio de 2003 sobre la Función Directiva y la Administración Local. Con anterioridad, amén de diversos trabajos que también ponen de manifiesto dicho fenómeno, los distintos trabajos contenidos en el volumen "Gobierno Local y modelo gerencial", Estudis 4, Fundado Caries Pl i Sunyer, Barcelona, 1999.

comunidades locales como lo eran en aquél momento¹⁶, ni las exigencias en términos de resultados de las políticas locales eran como hoy tan inexcusables, ni las formas y los procedimientos en la producción de políticas revestían la misma complejidad. Me temo, sin embargo, que transitamos de la inexistencia de sistema, lo que ya era grave, a una definitiva usurpación del espacio directivo-profesional por parte de la clase política.

I. Las carencias de nuestro sistema de dirección pública en el ámbito local.

En efecto, como apuntábamos líneas más arriba, la dirección pública ofrecía en el ámbito local, al menos hasta la reforma de 2003 que ha variado sustancialmente algunas de dichas conclusiones, peculiaridades y déficit propios que ya habían sido puestas de manifiesto por la doctrina que se ha ocupado del tema y que podemos resumir en las siguientes¹⁷:

- La colonización o usurpación del espacio directivo por los responsables electos en lo que se ha denominado “concejal asistencial” y “concejal ejecutivo”, interfiriendo en el espacio de gestión y que implican dos tipos de anormalidad en la gestión local: de una parte, el olvido y la renuncia al espacio político de los electos precisamente para gestionar este espacio; de otra, la lesión de un principio constitucional como es el diseño de una Administración pública profesional y la frustración de los funcionarios pertenecientes a la función pública local que no encuentran espacio suficiente de ejercicio de su función.
- El marco institucional y organizativo existente en el régimen local no propicia singularmente la articulación de un espacio directivo al concentrarse en el Alcalde-Presidente las funciones ejecutivas y que éstas sólo pueden ser delegadas en responsables electos.

16. Así se enfatiza en la Presentación del propio Libro Blanco que contrapone las necesidades de los municipios en 1979 con las que se enfrenta en estos momentos señalando que: “Los ayuntamientos han dejado de ser organizaciones de rendimiento que actúan en un entorno simple y previsible, y han pasado a ser organizaciones estratégicas que han de dar respuesta a los efectos más inquietantes de la globalización, neutralizando sus amenazas y aprovechando las oportunidades que abre”.

17. JIMÉNEZ ASENSIO, R., “La Dirección pública en la Administración local: los funcionarios con Habilitación Nacional como directivos públicos”, CUÑAL, número extraordinario, 1997 y la obra ya citada sobre “Reflexiones sobre el Marco Jurídico...”, op. cit. Asimismo, LONGO, F., “Política y Gerencia pública en los Gobiernos locales”, en el libro colectivo *Gobierno local y modelo gerencial*, Estudis 4, Fundació Caries Pl i Sunyer, Barcelona 1999.

- La diversidad de regímenes utilizados para articular la función directiva propiciaba una cierta confusión que no facilita la profesionalización de este espacio. En efecto, junto a los responsables electos, es preciso aludir aquí al personal eventual que gracias a lo que podría calificarse como un “exceso” en el Texto Refundido de Régimen Local respecto de la dicción de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984 y la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985 desempeñan aquí funciones directivas, los contratos de alta dirección, los propios funcionarios de carrera, el personal laboral común y, sobre todo en municipios medianos y pequeños, los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

Con estas mimbres no puede extrañarnos en modo alguno que, en un momento dado, existiese una cierta coincidencia entre los estudiosos del empleo público¹⁸, en la afirmación de que la definición de un modelo de dirección profesional en nuestro sistema de empleo público era una asignatura pendiente en la que existen limitaciones normativas e, inclusive, como ha indicado JIMÉNEZ ASENSIO, institucionales y culturales. Y es que, en efecto, como asimismo ha indicado JIMÉNEZ ASENSIO, la dirección pública no ha tenido hasta ahora entre nosotros el suficiente arraigo por el predominio absoluto del sistema de la confianza política para el desempeño de los cargos de dirección.

Cuestión, por tanto, compleja, pero pendiente y que se debate entre la usurpación de funciones públicas por parte de la clase política a la que se hizo referencia en párrafos anteriores y la tendencia también existente de funcionarización del sistema directivo producto, lógicamente, del espacio no delimitado suficientemente entre la política y la burocracia pública.

Y es que ni el sistema de provisión de puestos mediante libre designación ni la existencia del denominado personal eventual dan cumplida respuesta a dicha necesidad¹⁹. Tampoco el modelo de la LOFAGE trasladado

18. Por todos, la obra de JIMÉNEZ ASENSIO, R., “*Altos cargos y Directivos Públicos*”, IVAP, Oñati, 1998. Asimismo, y aunque se trata de un comentario sectorial a propósito de la potestad organizatoria contenida en la LOFAGE, puede verse el trabajo de PALOMAR OLMEDA, A., “Potestad organizatoria y directivos públicos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XII (2002), nº 531

19. Hay que advertir que tanto el personal eventual, aún con funciones directivas no exentas de discusión como acontece en el ámbito local, no resulta ser un mal remedo de la ausencia de una función directiva en los Gobiernos locales y su selección y criterios de actuación tienen que ver más, y en mayor medida, con una prolongación de las funciones políticas que con una función directiva profesionalizada en el estricto sentido del término, pero que tampoco parece que sea la solución la generación de un espacio directivo “artificial”, aún cuando se reserve a la función

con la Ley 57/2003, de 16 de diciembre al espacio local, y que consagra un modelo mixto que opta fundamentalmente por la funcionarización, y de forma excepcional por la atribución de dichas funciones a quienes no reúnen las condición de funcionario público, parecen la solución sobre todo si no se definen otras cuestiones previas, a saber: la definición del estatuto en que se integra dicho personal, su articulación con el resto de la función pública, la opción o no por unas condiciones socio-laborales regidas por el principio de universalidad con el sistema de empleo público, las condiciones de acceso a dicha categoría, el régimen de situaciones administrativas, de permanencia y de progreso, el sistema de formación exigible, etc.. A lo más que se llega es, y asentado el sistema asimismo en la confianza política -ya que el nombramiento y cese es libre- a establecer, como con acierto ha subrayado el autor anteriormente citado, a establecer un sistema “spoils system de circuito cerrado”²⁰

2. Las premisas sobre las que debe asentarse una reflexión sobre el sistema de dirección pública en el Gobierno local.

La propia diversidad del régimen local obliga, también en este espacio directivo, a plantear soluciones de “geometría variable” ya que difícilmente son trasladables sin más las reflexiones que se realicen para municipios de una cierta entidad poblacional y financiera con las que puedan realizarse cuando nos referimos a pequeños municipios. Y es que la primera cuestión que debemos plantearnos es: ¿Es la dirección pública algo uniforme y extrapolable en las distintas Administraciones públicas y sectores de ésta?²¹. Y la contestación a esta cuestión requiere, asimismo, de dos tipos de reflexiones.

pública profesional, que no defina suficientemente las habilidades y competencias necesarias para su ejercicio. Puede verse, a este respecto, el trabajo de BOLTAINA BOSCH, X., “Empleo Eventual y Función Directiva en las Administraciones Locales”, *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, Julio, 2003, págs. 9 y ss.

20. JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Política y Administración en la reforma del Gobierno local de 2003”, en *Anuario de Gobierno Local de 2003*, Marcial Pons, 2004.

21. Ha de tenerse presente, a este respecto, que como ha puesto de relieve JIMÉNEZ ASENSIO en la obra ya citada, amén de diferenciarse los directivos públicos de los altos cargos y de que existen en el Derecho español diversos regímenes jurídicos en el ejercicio de las funciones directivas, que un Estatuto diferenciado de directivos públicos no puede olvidar el hecho cierto de que éste habría de ser un estatuto de mínimos que permitiese su adaptación a los distintos sectores funcionales y territoriales de nuestras Administraciones.

En primer lugar que, efectivamente, no parece probable que los eventuales modelos y esquemas a implementar sean reconducibles a la unidad porque diversos son los frentes en que se desenvuelve la acción local. Por de pronto, difícilmente puede mantenerse el todavía vigente esquema de articulación entre el gobierno y la administración de nuestros gobiernos locales pensado bajo otros paradigmas y otras funciones de éstos, y mucho menos, a la vista de las presentes circunstancias. Es decir, los problemas planteados exigen, como no puede ser menos en un Estado de Derecho, el respeto escrupuloso de las reglas derivadas de éste. Pero esto no basta. Ni la prestación de servicios que demandan nuestros ciudadanos, ni la articulación de políticas en términos de resultados y exigencia de responsabilidad, ni las exigencias que plantea la adopción de una estrategia competitiva y de desarrollo del territorio pueden satisfacerse sin más con el cumplimiento de las formas y procedimientos legales y es preciso cohonestar estas exigencias, ineludibles y necesarios para las Administraciones públicas en un Estado de Derecho, con otras que radican en la base de la definición de la gobernanza y que se han reflejado, específicamente en el ámbito europeo, en el Libro Blanco para la Reforma de la Comisión o en el propio Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea. Y ello parece aconsejar, como se viene reivindicando de forma constante en los últimos años, replantear bajo otros esquemas el ejercicio de la acción de gobierno y la función directiva en las entidades locales. Transformar un ejercicio de la función ejecutiva y administrativa de éstas a través exclusivamente de fórmulas burocráticas, y en las que el cumplimiento de la legalidad y una visión reactiva del ejercicio de la función directiva se convierte en el único parámetro a considerar - y que convirtió, en otro momento, a los ahora Funcionarios de Administración local con Habilitación de carácter Estatal en los protagonistas principales y guardianes celosos de ese proceso²²-, en unas organizaciones con las capacidades ejecutivas y administrativas y con la visión proactiva necesaria para enfrentar esos procesos. Y éste, no me cabe duda, es el primer gran reto a asumir²³.

22. Véase respecto de esta reflexión las contenidas en el trabajo de JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Reflexiones sobre el marco ("el corsé") jurídico de la gerencia local", en el libro colectivo *Gobierno local y modelo gerencial*, Estudis 4, Fundació Caries Pl i Sunyer, Barcelona 1999, págs.97 y ss.

23. En cualquier caso, muy orientativo de la función desempeñada en esos momentos del régimen preconstitucional por los funcionarios con habilitación de carácter nacional y del esquema de toma de decisiones en las entidades locales en ese momento es la publicación del Gabinete de Estudios de la Secretaría General del Excmo. Ayuntamiento de Sevilla, 1976, titulada "El Secretario de Administración Local".

Pero, en segundo lugar, también es preciso tener en cuenta que la heterogeneidad del sector público y las diferentes funciones que éste cumple lleva a rechazar de forma natural la idea de generalizar conclusiones para todos los empleos y cargos públicos, y en lo que nos importa para los puestos directivos de la Administración local. Si, ciertamente, las distintas consideraciones que se realizan sobre la función directiva y la obtención de resultados tienen un grado de aplicabilidad alto en el sector público comercial o financiero que, en definitiva, oferta bienes y servicios al mercado junto al sector privado, o inclusive en la prestación de servicios públicos, dicho grado de aplicabilidad va proporcionalmente reduciéndose en la medida en que nos acercamos al grupo de empleos públicos que proveen bienes y servicios esenciales para la comunidad en forma exclusiva, o de forma transversal a la organización, en que las formas de organización y sistemas de gestión del empleo requieren consideraciones distintas²⁴. Singularmente, en nuestro país, PRATS ha recordado que la administración burocrática es el sistema más racional para la gestión de las funciones exclusivas y superiores del Estado, las cuales implican normalmente régimen de monopolio y ejercicio de autoridad²⁵. Y entre las que se encuentran incluidas, sin dudas, las funciones desempeñadas por estos funcionarios con habilitación de carácter nacional.

Y esto implica, al menos en el régimen local español, partir de la base de que la función superior o directiva no parece que haya de ceñirse en exclusiva a la consecución de resultados producto de la prestación de servicios externos. Por supuesto que ésta es su manifestación más prototípica, pero los destinatarios de la acción pública -como también de la privada- pueden ser también internos y no parece haber duda de que los núcleos de funciones reservados en exclusiva a los Funcionarios de Administración local con Habilitación Estatal forman parte de estas funciones

24. Los bienes que BRESSER ha denominado “actividades exclusivas del Estado” (BRESSER, L., “Da Administracao Publica Burocrática á Gerencial”, informe presentado al Seminario Reforma do Estado Na America Latina e no Caribe) o que DROR ha denominado “funciones estatales de orden superior” (DROR, Y., “Fortalecimiento de la capacidad de los Gobiernos en materia de formulación de Políticas), documento presentado a la XII Reunión de Expertos del Programa de Naciones Unidas en materia de Administración y Finanzas Públicas, celebrado en Nueva York del 31 de junio a 11 de agosto de 1995.

25. PRATS, J., “Reinventar la Burocracia y construir la nueva Gerencia Pública”, documento que aborda para América Latina específicamente pero que por la validez de sus reflexiones puede ser perfectamente extrapolado la necesidad de distinguir funciones estatales para las cuales la utilización del management es más acertada o no. Puede consultarse en su versión íntegra en <http://www.iigov.org/iigov/pnud/bibliote/documentos/docu0063.htm>

superiores y son de carácter imprescindible para una buena gestión del gobierno local. Bien es verdad que su función tendrá que ver con aquellos procesos de decisión atinentes a garantizar el Estado de Derecho, la seguridad jurídica y el principio de legalidad, pero ello no es óbice para reconocer, asimismo, la incardinación de éstas en las funciones superiores de dirección, en este caso en su vertiente de control en sentido positivo, de las entidades locales. Porque, en caso contrario, qué otra consideración pueden tener las funciones desarrolladas por tales funcionarios.

III. LAS MEDIDAS CONTEMPLADAS EN LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL GOBIERNO LOCAL REFERIDAS A LA DIRECCIÓN PÚBLICA.

En junio de 2003 el Boletín Oficial de las Cortes Generales publicaba el Proyecto de Ley de Modernización del Gobierno Local y finalmente en el BOE de 17 de diciembre del mismo año se publicaba la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. Denominación curiosa, inclusive desconcertante, que apegada a los movimientos de reforma administrativa que hicieron furor en la década de los noventa, y cuya sola mención parecía provocar efectos benéficos y beneficiosos sobre la materia que era objeto de aplicación de la misma, se adopta en esta Ley para dar cabida a un conjunto heterogéneo de medidas.

Adelantemos ya, y una vez visto en que se ha traducido su aplicación, que al menos en cuanto al tema organizativo y su conexión con la función pública local el juicio que merece esta Ley ha de ser necesariamente negativo. Falta de coherencia de las medidas con lo que significa el Gobierno local en el marco constitucional y las peticiones de las grandes ciudades, con casi toda seguridad un incremento injustificado del gasto público corriente en numerosas entidades locales, desarticulación de la reserva de funciones a los funcionarios de los extintos cuerpos nacionales sin establecer alternativas dirigidas a la consolidación de ese espacio institucional, falta de estructuración de una función pública directiva profesional en coherencia y lógica interna suficiente con el modelo de Administración local resultante de la Constitución, etc... son muchas de las materias que en el debe de esta Ley se encuentran presentes²⁶.

26. Sin mencionar, por de pronto, el ámbito de aplicación de las mismas. Y es que, en efecto, las medidas organizativas y relacionadas con la dirección pública establecidas en dicha Ley han ido progresivamente, tras los diversos borradores, anteproyectos y la pertinente tramitación parla-

La función directiva, según se prevé en dicha Ley, se articula en torno a los denominados Coordinadores Generales -que, sin embargo, no forman parte de la Junta de Gobierno- y de los Directores Generales que en principio dependen de aquél²⁷. Aunque, ciertamente, también pueden existir niveles complementarios de éstos establecidos en este caso por el Alcalde (artículo 123.I.c) que, sin embargo, no tienen carácter de órganos directivos (artículo 130.I). Se atribuye también tal condición de órganos directivos a los siguientes órganos: Secretario General del Pleno, Interventor General Municipal, titular de la Asesoría Jurídica, titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma (¿puede alguien explicar como se puede ser cargo electo y órgano directivo a la vez?) y al titular del órgano de gestión tributaria en caso de que se decida su creación.

mentaria, incrementando su ámbito de aplicación. Lo cierto es que el trámite parlamentario ha derivado, sin una adecuada explicación, en la eventual extensión de las mismas hasta municipios de población superior a 75.000 habitantes cuando así se decida por las CCAA.

Y es que, en efecto, resalta de dichas medidas lo referente a su ámbito de aplicación: ¿Existe algún motivo para que la organización especial establecida sea aplicable a los municipios de más de 250.000 habitantes o 175.000 habitantes cuando se es sede de una institución autonómica o se es capital de provincia? ¿Qué justifica su eventual extensión a municipios de población superior a 75.000 habitantes? ¿Porque dejar fuera de la posibilidad de dicha organización a municipios de inferior población de derecho pero que, por diversas circunstancias - ser un enclave turístico por ejemplo-, presentan idénticas características a los incluidos en la misma?

Es más ¿Cuál es la razón para que dicha medida no sea aplicable a las Diputaciones Provinciales? Curiosamente, y de forma hasta cierto punto incomprensible, dichas medidas en lo que suponen, como ahora tendremos oportunidad de comprobar, de reestructurar la dirección política y la función directiva en las entidades locales no son aplicables a las Diputaciones Provinciales (sf a los Cabildos) a pesar de que la complejidad organizativa de éstas, las funciones que desarrollan y el resto de elementos que puede imaginarse han estado presentes en dicha decisión concurren en plenitud en éstas (¿?).

27. La Ley en su artículo 130, y adoptando el modelo de la LOFAGE, parte de la distinción entre órganos superiores y órganos directivos. Como es bien conocido en dicho texto legal que ordena la organización estatal existe una distinción entre los órganos superiores, constituidos por los Ministros y Secretarios de Estado y que pueden o no ser electos como Diputados o Senadores, y los órganos directivos que quedan integrados por los Subsecretarios, Directores generales y Subdirectores generales que dependen de los anteriores. En nuestro caso, el susodicho artículo 130, partiendo de dicha distinción, distingue también entre órganos superiores, en este caso Alcalde y miembros de la Junta de Gobierno, y órganos directivos en los que encuadra a Coordinadores generales, dependientes de éstos a Directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías. Es decir, la Ley parece seguir optando por un modelo departamental al frente del cual, y como novedad, parece que podrá estar un concejal o un miembro no electo de la Junta de Gobierno. De forma complementaria, y ciertamente a nuestro juicio en la buena dirección, el texto ha suprimido la imposibilidad de delegación en órganos no electos de las atribuciones del Alcalde y Junta de Gobierno.

El modelo adoptado descansa, amén de la influencia de la LOFAGE, en dos notas: por un lado, que para desempeñar dichos órganos directivos se tenga de forma previa la condición de funcionario de carrera del Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales o funcionarios con habilitación de carácter nacional pertenecientes al Grupo A²⁸, es decir, que la titulación exigida para el ingreso en el Cuerpo o Escala sea la de Doctor, Arquitecto, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente; en segundo lugar, dicho nombramiento se sostiene sobre la confianza política ya que ningún otro requisito se exige para el nombramiento, sin ni siquiera hacer referencia a la condición establecida en el artículo 6.10 de la LOFAGE referido a la exigencia de criterios de competencia profesional y experiencia para el nombramiento de dichos órganos directivos lo que notoriamente determina un tratamiento todavía más desfavorable que el establecido en el sector estatal. Pero ni tampoco sobre su permanencia ya que ésta se basa exclusivamente, sin ningún otro criterio basado en la evaluación de la gestión, en el mantenimiento de la confianza política²⁹.

El sistema, como en el caso de la LOFAGE, también permite el desempeño de dichos cargos directivos a otras personas que no reúnan el carácter de funcionario de carrera, pero en este último caso habrá de ser el Pleno, al determinar los niveles esenciales de la organización municipal, el que permita que, en atención a las características específicas del puesto directivo, su titular no reúna la condición de funcionario de carrera. Y en estos supuestos sí que se exige que su nombramiento se realice de forma motivada y de acuerdo con criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.

28. Carece desde nuestro punto de vista de sentido, por innecesaria, la especificación realizada a favor de los funcionarios con habilitación de carácter nacional y establecida en el artículo 130.3. Hasta ahora, al menos que yo sepa, éstos, sin perjuicio de su necesaria habilitación para el ejercicio de las funciones reservadas a los mismos, eran funcionarios de Administración local. ¿Porqué referirse en concreto a una Escala de funcionarios de la Administración local?. No existe, además de los funcionarios del Estado, de las CCAA y de las Entidades Locales otro tipo de funcionarios, en caso contrario habría que haberse referido también específicamente a los Cuerpos Docentes Universitarios, a la Administración militar, etc.... ¿No hubiese sido técnicamente más correcto, si ésta era la opción elegida, haberse referido a la condición de funcionario de carrera de cualquiera de las Administraciones públicas?.

29. La LOFAGE prevé que los órganos directivos, en el desempeño de sus funciones, estarán sujetos a la responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada y sujetos al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente.

De esta forma, la regulación establecida arrojaba numerosos interrogantes que, en su aplicación en estos años, se ha visto confirmados. Y es que, no nos engañemos, poco o nada se ha avanzado en la estructuración de un espacio directivo en el mundo local y, sin embargo, es notoria la progresiva politización del espacio directivo. ¿Pero hemos de resignarnos a este devenir? ¿Por donde empezar para remediar este punto negro en la gestión de nuestras entidades locales?. Las soluciones, en cualquier caso, no vendrá sino por empezar a reconocer los errores en la regulación de tal espacio directivo. Y aquí se pueden apuntar algunas.

En primer término es preciso reflexionar sobre la creación de este espacio entre la política y la gestión, y es que aún siendo positivo la definición de un espacio directivo la más elemental lógica conduce a presumir que éste se define por características singulares y la exigencia de ciertos conocimientos, experiencia o habilidades que no reúne, en forma ordinaria, la función pública profesional³⁰. En caso contrario no sería preciso. Y si esto es así parece que algo más que ostentar la condición de funcionario de carrera y poseer una titulación superior es exigible. Los hechos corroboran lo expuesto.

En segundo lugar, ¿Qué justifica la exigencia aparente sin garantía alguna, sin embargo, de reunir esas características cuando no se es funcionario de carrera?. La utilización de un criterio distinto en el personal que no reúna la condición de funcionario pone, aún más de manifiesto si cabe, la artificiosa y desnaturalizada creación de este espacio directivo.

En tercer lugar, ¿cómo se justifica que un puesto directivo, si se ha partido de la regla general de que éste sea funcionario público, no ha de desempeñarse por alguien que no tenga dicha condición? ¿Qué diferencias existen entre los puestos de trabajo de carácter directivo a los que se exige la condición previa de ser funcionario público y los que no exigen dicha condición?

La contradicción resulta, como puede verse, de identificar un espacio directivo por una condición previa como la de funcionario de carrera y no un conjunto de competencias, habilidades o requisitos que hayan de reunir los que hayan de desempeñar dichos puestos de trabajo, aislando unas funciones para las cuales se exigen requisitos distintos a los que, de un lado, la

30. Puede verse, a este respecto, el volumen "Repensar el paper del gestor públic en el segle XXI", Escola d' Administrado Pública de Catalunya, Barcelona, 2003.

política y, de otro, la burocracia profesional exigen. No conjugando ambos criterios como realiza la Ley.

Pero, junto a estas cuestiones, que sin duda son capitales ya que la definición de un espacio directivo no puede realizarse sin la definición del espacio en sí, es decir, de los requisitos singulares de acceso y permanencia en dicho espacio, otras más no quedan debidamente dibujadas en el texto de la Ley. Por de pronto, ni el régimen retributivo de los mismos queda claro (sólo que corresponde al Pleno fijarlo), y, por ello, ni los conceptos que lo integrarán, como influyen éstos en el régimen funcionarial exigido y ni siquiera si éstos se vincularán decisivamente al desempeño, el régimen de sus prestaciones sociales, etc.... Tan sólo se contempla que éstos quedarán en situación de servicios especiales (artículo 2 de la Ley) y que están sujetos al régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas³¹.

En definitiva mucho nos tememos que esta regulación, más que una profesionalización del espacio directivo a pesar de exigir el requisito de ser funcionario de carrera, ha provocado, de nuevo, que dicho espacio directivo deficientemente configurado, ya que no se olvide que tampoco ha desaparecido el personal eventual, sea también colonizado por personas que más que a la competencia profesional en el ejercicio de funciones directivas, por muy funcionarios de Grupo A que sean, respondan al sempiterno, y parece ser que irradicable, criterio de la confianza política.

Fruto de esa indefinición y deficiente articulación resulta su correlativo impacto en las competencias para la organización de la función directiva. Corresponde al Pleno (artículo 123 c): la determinación de los niveles

31. Más recientemente la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, ha venido a incluir una Disposición Adicional Decimoquinta que viene a completar el régimen de incompatibilidades, añadiendo a las establecidas en la Ley de Incompatibilidades las limitaciones al ejercicio de actividades privadas derivadas del artículo 8 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 los términos del apartado 8 del artículo 75 que también se añade mediante dicha Ley y que prohíbe durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato el ejercicio de determinadas actividades privadas relativas a las áreas donde han ejercido su función (eventualmente con compensaciones económicas).

Adicionalmente, tanto para éstos como para los funcionarios con habilitación de carácter estatal nombrados por libre designación se les exige declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que proporcione o pueda proporcionar ingresos, así como sobre sus bienes patrimoniales y participación en sociedades de todo tipo.

esenciales de la organización municipal entendiendo por tales las grandes áreas de gobierno; los Coordinadores generales directamente dependientes de los miembros de la Junta de Gobierno Local, con funciones de coordinación de las distintas Direcciones Generales u órganos similares integradas en la misma área de gobierno, y de la gestión de los servicios comunes de éstas u otras funciones análogas; y las Direcciones Generales u órganos que culminen la organización administrativa. Por su parte el art. 124 K) atribuye al Alcalde la competencia para establecer la organización y la estructura de la Administración municipal ejecutiva competencia del Alcalde (en realidad el número de cada uno de tales órganos). Aunque la dicción del precepto no queda nada clara ya que si al frente de cada área de gobierno hay un Coordinador general y éstas son establecidas por el Pleno difícilmente el Alcalde puede establecer el número. Inclusive, y para aumentar la complejidad, se prevé la posibilidad de que por parte del Alcalde se establezcan niveles complementarios inferiores que no parecen pertenecer a la estructura administrativa ya que, estrictamente, la aprobación de la relación de puestos de trabajo resulta atribuida a la Junta de Gobierno Local (art. 127.1 h) y en éstas no parece que debieran integrarse los órganos directivos si seguimos el modelo de la LOFAGE (artículo 10), pero que, sin embargo, tampoco aparecen enunciados como órganos directivos.

Pero, amén de las carencias que dicho sistema presenta en lo que se refiere a la profesionalización del espacio directivo local, es que tampoco, desde mi punto de vista esta solución era la más acertada. Es decir, si lo que se perseguía era incrementar la necesaria eficacia que era requerida a la función ejecutiva en el espacio local, profundizando en la configuración del Pleno como órgano deliberante, normativo y de control -y separando, por tanto, las funciones de Alcalde y Presidente del Pleno- y ampliando el margen de discrecionalidad del Alcalde en la constitución del equipo de gobierno favoreciendo la profesionalización de la gestión, y evitando la duplicidad de funciones que la realidad organizativa local mostraba se producía entre los Concejales con delegación en un área de gobierno y los Directores de los distintos servicios ya fuesen funcionarios, personal eventual u otra de las fórmulas utilizadas habitualmente, no parece que la solución fuese la posibilidad de insertar a no electos en el equipo de gobierno. Soluciones más simples podrían haber conseguido el mismo efecto sin alterar de forma tan sustancial el modelo de gobierno local establecido.

¿No hubiera sido más claro, y al mismo tiempo más razonable, que esos Coordinadores Generales hubiesen sido los que se hubiesen integrado en la Junta de Gobierno como no electos y que ésta hubiese seguido ejerciendo, como ocurría con la Comisión de Gobierno, funciones delegadas modulándose con ello en cada municipio la organización a sus necesidades? ¿No hubiese sido, además, más económico? ¿No incrementa la regulación establecida en la Ley innecesariamente el número de niveles jerárquicos, con el subsiguiente incremento de la inflación organizativa que ya se vive en nuestros Gobiernos locales, desde el órgano que adopta la decisión hasta la efectiva ejecución de las misma?.

La solución adoptada, en mi opinión, salvo aumentar los cargos de designación política en los municipios incluidos en su ámbito de aplicación pocas o ninguna función cumple, pues su virtualidad hubiese dependido de dar una respuesta adecuada a las cuestiones planteadas en el párrafo anterior y, de esta forma, quiérase o no, y por la propia dinámica de nuestro sistema político que la experiencia pone de manifiesto, su integración responde en demasiadas ocasiones -ciertamente ello no es generalizable a todos los supuestos- a un personal de confianza política que no resultó incluido en las listas electorales o que simplemente no resultó electo en otro ámbito.

IV. LA FUNCIÓN DIRECTIVA EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA PARA EL GOBIERNO LOCAL?

Y transitamos ya, en este último punto, por la última reforma acontecida de eventual incidencia en el aspecto analizado. Nos referimos, como ya reza el epígrafe, al Estatuto Básico del Empleado Público y al alcance de la reforma respecto al sistema de dirección pública en las entidades locales. Y dentro de éste a tres aspectos es preciso referirse: a la función directiva configurada en dicho texto legal y su influencia sobre el sistema de dirección pública en las entidades locales; en segundo lugar, al personal eventual propiamente dicho y la definitiva aclaración de su vocación en el espacio público; y, por último, y como no puede ser de otra forma dada su relevancia a los funcionarios de los extintos Cuerpos Nacionales de Administración Local, qué de nuevo, y con una clara orientación ideológica, han vuelto a mutar su nombre para convertirse, casi en la práctica nominalmente, en Funcionarios con Habilitación de Carácter Estatal.

I. El personal directivo.

Ha sido ésta una de las cuestiones del Estatuto Básico del Empleado Público que ha despertado mayor interés. Atendiendo a las reflexiones contenidas en el Informe de la Comisión de Expertos constituida para tales fines³², el citado texto legal aborda, ahora veremos si más acertadamente o no, el personal directivo en el ámbito público.

El EBEP dedica su artículo 13 al personal directivo profesional. Si bien éste no se limita a regular en términos objetivos una función directiva profesional, tampoco ha contemplado al personal directivo como una clase más de personal como sugirió la Comisión de Expertos dada la especial función que desempeñan y los rasgos peculiares de su prestación de servicios. La opción materializada, a lo largo del iter parlamentario, ha sido la de configurar un sistema de puestos a cubrir por el resto del personal. Valga de entrada subrayar que, aunque el texto recoge en gran medida las aportaciones que en este punto sugirió la Comisión, lo cierto es que también lo ha realizado de forma opcional y menos concreta y³³, específicamente, respecto de la Administración local a nuestro juicio de forma decepcionante ya que, simplemente, ignora a este nivel territorial remitiendo su regulación, hay que entenderlo así ya que ni siquiera se realiza de forma expresa, a la legislación de Administración local. Y esa opción explicable en términos de la conexión que puede existir en el espacio directivo con la potestad de autoorganización, sin embargo determina que, al menos en este espacio y hasta tanto se realiza la tan anunciada reforma del régimen local, el EBEP no haya realizado aportación alguna de relevancia respecto del régimen que hemos comentado.

32. La Comisión de Expertos señaló que toda “Administración moderna, que no se limita ya a la aplicación impersonal y objetiva de las normas jurídicas, sino que se responsabiliza de la creación y prestación de una pluralidad de servicios, que debe responder a las demandas sociales con eficacia y eficiencia crecientes y que base, por ello, una buena parte de su actuación en una lógica empresarial, necesita disponer de directivos cualificados”.

33. Como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN, M. “Clases de Personal”, en AAW, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 105, refiriéndose a su previsión opcional “En tales casos, los puestos de dirección administrativa serán desempeñados, como hasta ahora, bien por funcionarios, normalmente nombrados para el cargo por el sistema de libre designación, como permite el artículo 80.2 del EBEP, o bien por personal de confianza política. Con ello se debe matizar la observación contenida en la Exposición de Motivos del propio EBEP, que, partiendo de considerar al personal directivo como “un factor decisivo de modernización administrativa”, concluye que “conviene avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal”. Pero según el texto de la Ley, ya no se trata de una “clase” de personal y el avance que supone su regulación no es tan decidido. Se limita a abrir la puerta a regulaciones futuras”.

Lo cierto, y en lo que nos atañe, es que como se ha apuntado al remitir el EBEP el desarrollo del régimen del personal directivo a los Gobiernos estatal y autonómicos, el artículo 13 se olvida por completo de la Administración Local³⁴. De todas formas lo cierto, en cualquier caso, es que esta legislación, aún con sus imperfecciones, parece que deberá orientar una regulación futura del personal directivo local que sustituya al barullo existente hasta ahora en el Gobierno local. El EBEP, en este aspecto y como decimos, no ha solucionado nada y la situación del personal directivo en la Administración local sigue siendo una cuestión pendiente. Aunque, ciertamente, una cosa es segura podemos aprender de este lo que no conviene realizar:

En el sentido expuesto, y como notas significativas de la regulación establecida hay que anotar, en primer término y en negativo, que el EBEP ha huido de delimitar específicamente qué se considera función directiva³⁵. Para éste es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales (¿?) remitiendo, por tanto, a normas reglamentarias su determinación.

Por otro lado, y en cuanto a las reglas establecidas para éste que habrá de respetar la normativa de desarrollo, si se opta por dictarla, son las siguientes:

- La designación de los directivos “atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia”.
- El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan fijado.

34. Lo que, además, genera ciertos problemas ya que las reglas contempladas en el EBEP difieren en cierta medida de otras ya establecidas en normas de rango legal (Ley de Agencias, LOFAGE, etc....).

35. Curiosamente, y frente a la indefinición de la función directiva en el espacio local, ha sido precisamente en este espacio, como consecuencia de la promulgación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, donde se ha procedido a definir el espacio directivo, bien que a los efectos de incompatibilidades lo que, por tanto, inclusive puede aumentar la confusión. De esta forma, la Disposición Adicional Decimoquinta establece que “A estos efectos, tendrán la consideración de personal directivo los titulares de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de la Corporación, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, dentro de esas directrices generales”

- La determinación de las condiciones de empleo no tendrá la consideración de materia negociable.

Previsiones que, aún recogiendo algunas propuestas de la Comisión de Expertos, no están exentas de contradicciones que pueden acabar dando al traste con la regulación establecida. Y con omisiones de indudable relevancia cómo es el régimen de permanencia en el cargo y de cese de este tipo de personal que, como no se ocultará al lector avezado y ya se hizo referencia a ello en páginas pasadas, tiene una importancia decisiva en la configuración del régimen jurídico del personal directivo.

Especialmente problemática resulta, asimismo, la designación de los mismos, inclusive con menos flexibilidad que el sistema de libre designación en la provisión de puestos de trabajo para los funcionarios públicos³⁶, y que puede terminar haciendo inviable al sistema o dejando excluidos del mismo a un grupo importante de puestos con funciones directivas. Y es que excluir, por completo, la confianza política es una quimera imposible -inclusive no deseable- en un sistema de dirección pública y tan nocivo, por inducir a su inaplicación, como hacer de la confianza política el único criterio válido en la designación y permanencia de este tipo de personal.

2. El Personal Eventual

El artículo 12 del EBEP contempla, como ya lo hiciera la legislación antecedente, una referencia, bien cierto que escueta, al personal eventual. Para el texto legal el personal eventual es *“el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin”*.

36. Para SÁNCHEZ MORÓN, M... “Clases de Personal”, op. cit., p. 108, “En realidad, el Informe de la Comisión de expertos no pretendía eso exactamente, sino tan sólo que el personal directivo fuera designado “en virtud de sus cualidades profesionales contrastadas”. Así sucede en otros países, en que la designación de los cargos directivos profesionales o, al menos, de una parte de ellos no se lleva a cabo por procedimientos de concurso o en concurrencia, ya que el directivo profesional se integra en un equipo dirigido por su superior político y, en alguna medida, ha de gozar de la confianza de éste. Lo que se pretendía era excluir la designación de directivos por razones de simple afinidad o lealtad política o personal, sin consideración alguna a cualidades, competencias y capacidades profesionales de dirección -el puro directivo “de partido”-, algo que se ha producido y se produce con harta frecuencia en nuestras Administraciones Públicas. Pero una cosa es establecer requisitos de profesionalidad y otra equiparar la designación de los directivos a la selección de empleados públicos o a la provisión de puestos por concurso”.

La legislación anterior sobre este tipo de personal venía establecida en el artículo 20.2 de la LMRFP. Su dicción, desde luego, es calculadamente más ambigua que las propuestas realizadas por la Comisión de Expertos que, de forma más clara, recomendó que dicho personal no debería de desempeñar funciones permanentes y ordinarias relativas a la gestión de las Administraciones públicas ya que según ésta *“El nombramiento de personal eventual en todas y cada una de las Administraciones Públicas debe quedar reducido a las funciones que exigen una estricta relación de confianza política y no debe extenderse a la realización de actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico ni al desempeño de puestos de trabajo estructurales y permanentes”*.

La progresiva reducción del espacio profesional acontecida sobre todo en el caso de la Administración local mediante la utilización de este tipo de personal aconsejaba, en opinión de la Comisión, abordar este punto, y sin negar la posibilidad de existencia de este tipo de personal, rechazar que el mismo no tuviese un carácter excepcional.

No parece haber duda, sin embargo, y a pesar de que su dicción final no resulte tan clara como hubiese sido deseable, que este tipo de personal no debe ejercer funciones directivas, ni de jefatura ordinaria de áreas o unidades, ya que el mismo ha quedado perfectamente diferenciado tanto del personal profesional, ya se trate de personal laboral o funcionarial, como del personal que ejerce funciones directivas.

Se acaba así con la confusión que resultaba de lo establecido en el artículo 176.2 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local (RD Legislativo 781/1986, de 18 de abril) que parecía permitir, en principio, el desempeño por personal eventual de puestos de trabajo de carácter directivo en las Corporaciones Locales³⁷. En efecto, el

37. De idéntica opinión resulta SÁNCHEZ MORÓN, M. “Clases de Personal”, op. cit., p.106 y s para quien refiriéndose a este escalón territorial opina que “Sin embargo, también en este nivel de la Administración existe y se necesita personal directivo. ¿Qué ocurrirá con los directivos en la Administración Local? ¿Carecerán de un estatuto específico? Por de pronto, serán sin más funcionarios o personal laboral, pues ya no se podrá seguir utilizando para reclutar externamente directivos locales la figura del personal eventual, tal como permitió el artículo 176.2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (R.D. Legislativo 781/1986, de 18 de abril). Este artículo ha quedado implícitamente derogado por el EBEP, puesto que ahora el personal eventual sólo puede desempeñar funciones calificadas de confianza o asesoramiento especial, según el artículo 12.1. En lo demás, habrá que estar a las escasas referencias a este tipo de personal que se contienen en la legislación de régimen local (sobre todo en el artículo 130 y concordantes de la LBRL, referidos a los municipios de gran población). Quizá esta legislación se complete en el futuro. Sin embargo, hubiera sido oportuno prever también en el EBEP una legislación específica de desarrollo, estatal o autonómica, sobre el personal directivo local”.

artículo 176.3 del Texto Refundido de Régimen Local dispone que “*Podrán ser desempeñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección. En estos supuestos el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos.*”

Lo cierto es que ya esta fórmula había recibido fuertes críticas doctrinales y la propia jurisprudencia ha mantenido una restrictiva de los puestos de trabajo a ocupar por parte de este tipo de personal³⁸. En efecto, el concepto de “permanencia” de la función ha sido utilizado para rechazar por ésta la posibilidad de su provisión mediante este tipo de personal cuando las funciones atribuidas a dichos puestos implicaban el desempeño de funciones que iban más allá de la calificación de confianza y asesoramiento especial.

Bajo esa perspectiva, la STS de 17 de marzo de 2005 (Fundamento Décimo) no dudará en declarar que³⁹:

“Y la consecuencia paralela que también se extrae es que deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad. Las funciones del puesto litigioso que la sentencia recurrida describe rebasan el límite legal de “asesoramiento y confianza especial”, ya que expresan cometidos profesionales de colaboración en típicas actividades administrativas”.

De esta forma, y con la doctrina citada, la jurisprudencia ha rechazado la posibilidad de utilizar este sistema para un Encargado de Obras, aún cuando sus funciones a juicio de la entidad local vinieran caracterizadas por ser de confianza y asesoramiento especial (Sentencia de 2 de marzo de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura), de conductor de vehículos del Conseller (Sentencia de 5 de noviembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia), Director Técnico de la Oficina de Urbanismo (Sentencia de 3 de marzo y de 12 de abril de 2002 del Tribunal Superior de Castilla y León), de Director de la Sección del Centro Histórico (STS de 9

38. Doctrinalmente puede verse el trabajo de SERRANO PASCUAL, A.: *El Personal de las Entidades Locales. Análisis de su régimen jurídico*. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1997, páginas 200-201

39. En idéntico sentido se pronunció la STS de 2 de septiembre de 2004 (RJ 5919).

de febrero de 2004), de Director de Centro Residencial (Sentencia de 16 de septiembre de 2004 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra) y, con un criterio contrario, la ha admitido en el caso de Secretaria particular del Alcalde (Sentencia de 28 de febrero de 1990 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares) o de Ayudante del Gabinete de Prensa (Sentencia de 18 de septiembre de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León) o, inclusive, conductores de la alcaldía (Sentencia de 27 de abril de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura)⁴⁰.

Expresiva de los razonamientos que se siguen en la jurisprudencia para anular la reserva a personal eventual de funciones que habrían de ser desempeñadas por funcionarios de carrera, aunque su forma de provisión, en su caso, resultase ser la libre designación es la STSJ de Canarias de 19 de octubre de 2001 que argumenta que:

“TERCERO.- Dicho lo anterior, podemos afirmar que ni los coordinadores deportivos ni el gerente del Patronato Insular de Turismo ejercen funciones de confianza o asesoramiento especial a un cargo político.

40. Razona esta sentencia de la siguiente manera: CUARTO.- A la vista de estas disposiciones legales no es posible estimar que las funciones del Director de la Banda de Música y de las Escuelas Municipales de Música dispongan de las notas de confianza o asesoramiento especial que corresponden a este tipo de puestos de trabajo. En efecto, estos puestos de trabajo disponen de una regulación especial basada en la especial vinculación con la Autoridad que los nombra, correspondiendo al Alcalde su nombramiento y cese que son totalmente libres por la especial vinculación con el órgano que los nombra y las funciones que desarrollan, produciéndose su cese automático en el momento en que cesa la Autoridad a la que presta su función de confianza o asesoramiento. Lo significativo del personal eventual es la especial posición que ocupan en relación con el órgano que procede a su nombramiento que es libre y se basa exclusivamente en la confianza y seguridad que inspira el nombrado a la Autoridad responsable de su nombramiento, siendo personal eventual característico el de Secretarios Particulares o Conductores, como también ocurre en el Ayuntamiento de Badajoz. Si examinamos el Acuerdo de 7 de Julio de 2003, podemos comprobar que hasta la modificación efectuada en Octubre de 2003, la casi totalidad de los puestos de trabajo se basan en las características de asesoramiento especial y confianza que permite que estos puestos de trabajo pueden pertenecer a la categoría de personal eventual prevista en el artículo 89 de la Ley 7/85, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, al incluir, entre otros, al Gabinete de Prensa, Secretarios Particulares o Conductor de la Alcaldía, donde concurre esa especial relación de confianza entre el nombrado y el órgano con competencia para el nombramiento. Distinto de anterior es que puestos de trabajo con un marcado perfil profesional en atención a las funciones que tienen que desarrollar y donde no existe ninguna relación de confianza o asesoramiento especial puedan incluirse en esta categoría en atención a las dificultades para su nombramiento o movilidad del personal funcionario. Estos problemas deberán solucionarse mediante los sistemas que el propio ordenamiento jurídico permite como son las provisiones interinas o sustituciones dentro del propio personal de la Administración Local pero en ningún momento extender esta categoría a puestos de trabajo donde no concurren los elementos de confianza y asesoramiento especial.

Los coordinadores deportivos ejercen funciones de organización de las actividades deportivas de las que son encargados, dentro de la actividad de promoción del deporte que tiene asignada el Patronato Insular de Deportes. En la plantilla anterior se les habla clasificado como personal laboral temporal, lo que se ajusta a la naturaleza de su función.

Por lo que se refiere al gerente del Patronato Insular de Turismo, como su nombre indica, ejerce funciones de gerencia de dicho Patronato, que no puede ser calificadas como de confianza o asesoramiento especial de un cargo político. Dichas funciones las desempeña dentro del Patronato, y no específicamente en relación a un cargo político. En consecuencia, no reuniendo dichos puestos de trabajo los requisitos legales para ser destinados a personal eventual, debemos estimar el recurso y anular en este punto el acuerdo impugnado”.

Dicha situación, un tanto contradictoria en los pronunciamientos judiciales, se habla resuelto más mal que bien según lo expuesto, y al menos parcialmente, con la aprobación de la Ley 57/2003, de Modernización del Gobierno Local que, al menos para las entidades locales incluidas en su ámbito de aplicación (artículo 121) y aunque como ya hemos apuntado no lo fuese de forma satisfactoria, permitía la designación de personal directivo en esas entidades locales, y sólo en esas (lo que excluye a las Diputaciones Provinciales y al resto de municipios no incluidos en su ámbito de aplicación que, conforme a la doctrina expuesta, deberán seguir acudiendo a los procedimientos de libre designación entre funcionarios de carrera), con los requisitos establecidos en el artículo 130 de dicha norma legal.

Con estos antecedentes legislativos, y la propia dicción del EBEP, no parece que haya duda de que el personal eventual, pues, no puede desempeñar ya funciones directivas, sino sólo de confianza o asesoramiento especial de los órganos de Gobierno. La introducción del adjetivo “permanente” en el actual artículo 12 del EBEP lleva, sin duda, a reforzar dicha conclusión.

Pero es que, además, otro elemento debe ser añadido que corrobora esta inicial impresión, y es que las funciones de confianza y asesoramiento especial (artículo 12.2) se realizan respecto de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas y, por ello, no es posible mantener que se trate de funciones llamadas a ser desempeñadas respecto de la estructura funcional y permanente de las entidades locales, bien es cierto que se remite a las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP la determinación de qué órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas pueden disponer de este tipo de personal, lo que remite a éstas en la interpretación de qué órganos de gobierno pueden contar con este tipo de personal pero esa remisión normativa en nada invalida el razonamiento teleológico del precepto dirigido a excluir las funciones directivas de las que pueden ser desempeñadas por personal eventual.

El EBEP completa esta regulación estableciendo que el número y las condiciones retributivas del personal eventual serán públicas y, como ya se contemplaba en la regulación anterior, que su nombramiento y cese serán libres y que el cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento, que, lógicamente, puede ser distinta del titular del órgano de gobierno para el que fue nombrado para prestar esas funciones de confianza y asesoramiento especial (artículo 12.3).

Como ya contemplara el artículo 20.3 de la LMRFP, con carácter básico, el artículo 12.4 del EBEP también preceptúa que la condición de personal eventual no constituye mérito para el acceso a la función pública, ni para la promoción interna de quienes ya fueran funcionarios (art. 12.4).

No obstante, y en relación al punto anterior, una aparente contradicción puede producirse entre la citada previsión y la recogida en el artículo 87.1. i) del EBEP que establece que, cuando sean funcionarios de carrera, pueden optar entre permanecer en la situación de servicio activo o pasar a la de servicios especiales cuando fueren designados como personal eventual. La contradicción deriva de los apartados 2 y 3 del artículo 87 EBEP que, sin embargo, establece que cuando sean declarados en situación de servicios especiales el tiempo que permanezcan en dicha situación les será computado a efectos de ascensos, etc....lo que, aparentemente, ha de resolverse a favor de la norma más específica.

3. Los Funcionarios con Habilitación de Carácter Estatal.

Como en algún momento tuve la oportunidad de denunciar las reticencias sobre estos funcionarios, a pesar de la progresiva reducción y ámbito de sus funciones y la supresión de instrumentos de control en manos de éstos, no han cesado y han tenido su expresión última en una Disposición Adicional Segunda sin duda polémica que consagra, en la práctica y a salvo de denominaciones, la desarticulación de estos funcionarios como cuerpos nacionales. Razonemos, sin embargo, la citada afirmación.

a) Un breve apunte sobre la progresiva desnaturalización de estos funcionarios.

Si ya el régimen local postconstitucional, principalmente en lo que se refiere a corporaciones de cierto tamaño, mostró la tendencia ni siquiera disimulada de los partidos políticos de que el criterio de la confianza pre-

sidiese la elección de cualquier funcionario directivo de la entidad como hemos apuntado al aludir al personal eventual, la perspectiva sobre estos funcionarios no podía ser otra. La escasa visión institucional en este punto, y añadamos que de corto alcance a la vista de los múltiples sucesos de corrupción que han sacudido la geografía nacional en los últimos tiempos, ha impedido ver la necesidad de reformar el régimen jurídico de éstos más allá de reducir su capacidad de control y facilitar más la lealtad que la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

De esta forma, y ya a principios de los noventa se introducirá, de forma contradictoria con las funciones a desarrollar (asesoramiento legal a la Corporación, control y fiscalización de las cuentas, recaudación, manejo de fondos y valores, etc.), el procedimiento de libre designación para la provisión de las plazas vacantes, bien es cierto que limitado a ciertos supuestos aunque la propia dinámica de las cosas fue extendiendo progresivamente el sistema⁴¹. Bien es cierto que, en primer término, el Tribunal Supremo (STS de 3 de enero de 1996, Ar. 2769) y, con posterioridad, el Tribunal Constitucional (STC 235/2000, de 5 de octubre) confirmaron, a mi juicio equívocamente con las funciones a desarrollar, la constitucionalidad del sistema⁴².

41. En efecto, la Ley 31/1991, de Presupuestos Generales del Estado ya introdujo la libre designación como fórmula a utilizar para la provisión de estos puestos de trabajo. Con posterioridad, la Ley 10/1993, de 21 de abril regulará definitivamente dicho sistema que será objeto de desarrollo por el RD 731/1993, de 14 de mayo y, con posterioridad, por los artículos 27 a 29 del Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio y que han sido recientemente modificados por el RD 834/2003, de 27 de junio que finalmente, junto al aspecto comentado, ha dado solución a una sinrazón histórica consistente en considerar que las funciones de Secretaria- Intervención por el hecho de ser desarrolladas en municipios de menor número de habitantes tienen menos complejidad o dificultad técnica. Dicha regulación contempla la posibilidad de la libre designación, como mecanismo excepcional (lo que francamente no ha sido cumplido dada su progresiva implantación en todos los municipios que cumplen los criterios establecidos) siempre que se cumplan dos tipos de requisitos: unos atinentes al tipo de Corporación, según población, presupuestos y características de la misma; otros, relativos al puesto, que dicho puesto de trabajo tenga establecido nivel 30 de complemento de destino y que comporte un “marcado” carácter directivo de sus funciones o una especial responsabilidad en la función a asumir. En torno a esta última reforma puede verse el comentario de MARTÍNEZ MARÍN, A., “La reforma 2003 de los funcionarios locales con habilitación estatal”, *Revista de Estudios de Administración Local*, n° 291, págs. 649 y ss.

42. Es importante resaltar, sin embargo, que la sentencia STC 235/2000 recibió numerosas críticas, empezando por el voto particular que cuestionó, hemos de decir que con bastante lógica, que dicho sistema permitiese garantizar el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función no siendo, a estos efectos, las garantías suplementarias contenidas en los preceptos enjuiciados. Bien es cierto que, al menos parcialmente ya que a nuestro juicio en el tipo de funciones enjuiciadas el procedimiento de libre designación es inapropiado, la reciente modificación del artículo

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido francamente decepcionante para este colectivo. En unos casos, como en el supuesto de la STC 25/1983, de 7 de abril con declaraciones como básico de materias ciertamente discutibles respecto de los funcionarios con habilitación de carácter nacional -y algo ancladas en una visión preconstitucional de la problemática planteada- que con posterioridad han sido objeto de matización normativa permitiendo la participación de las Comunidades Autónomas y las entidades locales⁴³, y en otros, como en el de la libre designación comentada, no preservando de forma suficiente el principio de imparcialidad en relación a la función desarrollada (STC 235/2000. de 5 de octubre)⁴⁴.

Desde luego, no parece en cualquier caso, que la solución a esta situación pase por la simple y expedita fórmula de suprimir dichos Cuerpos,

28 y 29 por el RD 834/2000 amplía las garantías de estos funcionarios ya que: de una parte, los funcionarios cesados y el desempeño de los puestos de trabajo que se les garantizan en caso de cese no es hasta que consigan otros por los procedimientos establecidos en la normativa; y, de otra, específicamente se establecen garantías retributivas en relación a qué complemento de destino han de tener dichos puestos y las funciones que ya no podrán ser otras que las relativas a un puesto de trabajo de su subescala y categoría. Cabe destacar algunos comentarios sobre esta problemática como el de MESA BRIOSO, G., "Funciones directivas, especial responsabilidad y garantías suplementarias de la libre designación de los funcionarios con habilitación de carácter nacional: Breve comentario crítico de la STC n° 235/2000", Revista de Estudios Locales, n° 46, 2001. Más recientemente, con una reflexión sobre la objetividad y imparcialidad e independencia que requieren dichas funciones es de destacar el trabajo de SÁNCHEZ BLANCO, A., "La función pública de los Secretarios e Interventores de la Administración Local", Revista de Estudios de Administración Local, n° 291, págs. 1025 y ss.

43. Muy crítico con los razonamientos seguidos se muestra AGIRREZCUENAGA, op.cit., págs. 99 y ss. Asimismo, puede verse ESTEVE PARDO, J., "Bases estatales y competencias de ejecución", REDA n° 39, 1983, pág. 620. Efectivamente, y con posterioridad fruto de las presiones políticas de las entidades locales y las Comunidades Autónomas, se ha reconocido la participación de éstas. En este sentido, la Ley 10/1993, de 29 de diciembre, introdujo tanto el procedimiento de libre designación como las facultades decisorias de los entes locales en los concursos y la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, incrementó las competencias de las Comunidades Autónomas, de un lado, atribuyéndoles la posibilidad de fijar un 10 por 100 del total de los méritos de los concursos y, de otro, fijando como competencias de ejecución de éstas en materia de clasificación de puestos de trabajo, nombramientos provisionales, comisiones de servicios, acumulaciones y permutas. Y, con posterioridad, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, atribuyo a las Comunidades Autónomas la competencia sobre nombramientos de interinos.
44. Curiosamente, y paradójicas de la jurisprudencia, el sistema de terna entre los tres aspirantes con mayor puntuación, vigente con anterioridad al Concurso de méritos actualmente establecido, fue declarado por la STC 193/1987, de 9 de diciembre, como contrario a los principios de mérito y capacidad declarando que no guardaba relación alguna con el principio de autonomía local.

por la minoración de las garantías para un adecuado ejercicio de la función de control y fe pública que desarrollan estos Cuerpos en los Gobiernos locales o por continuar el progresivo proceso de desarticulación de estos Cuerpos de funcionarios. Las cosas son más complejas. Y como ya ha advertido RAMIO se corre, con este tipo de improvisación tan al uso, un riesgo grave de desinstitucionalización de nuestras entidades locales⁴⁵.

Dicho proceso de desnaturalización al que venimos refiriéndonos continúa con la Ley 57/2003, de Modernización del Gobierno Local que consagra la ruptura del paradigma de que la función de Secretaria, comprensiva de la fe pública y del asesoramiento legal preceptivo, corresponde a un funcionario público y, más en concreto, en la función pública local a los funcionarios con habilitación de carácter nacional. Y es que, en esa Ley, desaparece como tal la figura del Secretario Municipal que se desdobra en dos figuras: la del Secretario General del Pleno que también lo será de las Comisiones de éste y la del Concejal-Secretario de la Junta de Gobierno. De esta forma, y si en efecto, la Secretaria General del Pleno con las funciones que a ella se le asignan (artículo 122.5), queda reservada a los funcionarios con habilitación de carácter nacional⁴⁶, no ocurre lo mismo con la Secretaria de la Junta de Gobierno Local que corresponderá a un Concejal (¿?) que redacta las actas de las sesiones y certifica sobre sus acuerdos, bien es cierto que se prevé la existencia de un órgano de apoyo de éste que habrá de ser un funcionario con habilitación de carácter nacional. Disposición establecida,

45. RAMIO, C, "Los habilitados en la era del management. Modernizarse profesionalmente para evitar la desinstitucionalización de las Administraciones locales". Conferencia pronunciada en la Conferencia 2003 del COSITAL, Puerto de Santa María y donde pone de manifiesto que tres estrategias están provocando dicho fenómeno: la primera de ellas consistente en la transformación de facto del modelo histórico de función pública; en segundo lugar, el haberse instalado, sin matices, una cultura empresarial de la gestión pública local; por último, la externalización de una parte importante de los servicios públicos locales.

46. Las funciones que comprende dicha Secretaria son las siguientes: redacción y custodia de las actas, así como la supervisión y autorización de las mismas, con el visto bueno del Presidente del Pleno; la expedición, con el visto bueno del Presidente del Pleno, de las certificaciones de los actos y acuerdos que se adopten; la asistencia al Presidente del Pleno para asegurar la convocatoria de las sesiones, el orden en los debates y la correcta celebración de las votaciones, así como la colaboración en el normal desarrollo de los trabajos del Pleno y de las Comisiones; la comunicación, publicación y ejecución de los acuerdos plenarios; el asesoramiento legal al Pleno y a las Comisiones, que será preceptivo en determinados supuestos que se detallan: cuando así lo solicite el Presidente o lo solicite un tercio del número legal de miembros de la Corporación, cuando se trate de asuntos que exijan una mayoría especial, cuando así lo exija una Ley en materias de competencia plenaria y cuando en el ejercicio de la función de control y fiscalización de los órganos de gobierno, lo solicite el Presidente o la cuarta parte, al menos, de los Concejales.

no se sabe muy bien para qué ni porqué⁴⁷, y que solo pone de manifiesto la incoherencia de esta Ley que se ha debatido entre haber mantenido la reserva de función muy desdibujada o la supresión de la misma. En cualquier caso, todavía más incongruente resulta la reserva de la función de apoyo a este Concejal-Secretario a un funcionario con habilitación de carácter nacional con funciones, que más que de alto contenido técnico-jurídico, se corresponden con funciones de trámite y colaboración incardinables más bien en las escalas de gestión, administrativa o auxiliar administrativa de la Administración General (artículo 169 TRRL) y que, en nada, justifican su reserva a los funcionarios con habilitación de carácter nacional ya que difícilmente son incardinables en esas funciones de interés general que la jurisprudencia constitucional consideraba justificaban la reserva de funciones (STC 214/1989, de 21 de diciembre).

De otro lado, y en lo que se refiere a las tareas de asesoramiento jurídico, se crea un órgano administrativo, la Asesoría Jurídica, a la que se atribuye la asistencia jurídica, no preceptiva, al Alcalde, a la Junta de Gobierno Local y a los órganos directivos comprensiva del asesoramiento jurídico y de la representación y defensa en juicio del Ayuntamiento que, sin perjuicio de su necesidad o no, su razón de ser no parece ser otra que la de separar estrictamente lo que es el asesoramiento legal preceptivo del Pleno que corresponde a un funcionario con habilitación de carácter nacional⁴⁸, de las tareas generales del asesoramiento jurídico que, para alguien que conozca el funcionamiento habitual de un Ayuntamiento, son sin duda más relevantes.

En cuanto a la materia económica, y el ámbito de las funciones reservadas en ésta queda reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional tanto el titular o titulares de la función de gestión económico-financiera y presupuestaria, salvo la del órgano que desarrolle las funciones de presupuestación y el órgano responsable de la función de control y fiscalización interna.

47. Tal vez la explicación se encuentre en el apartado 5 del artículo 126 que declara las sesiones de la Junta de Gobierno como secretas y el deseo de que un funcionario con habilitación de carácter nacional no haya de estar necesariamente presente. La solución, como puede fácilmente imaginarse, es tremendamente incoherente si se repasa el catálogo de competencias de la Junta de Gobierno que tienen un alto contenido técnico-jurídico.

48. Por otro lado, también seriamente desdibujada si se repara en que algunas competencias que exigían mayoría especial del Pleno se encuentran ahora radicadas en la Junta de Gobierno y, de otro lado, porque algunas materias que exigían quorum cualificado y que conserva el Pleno ya no exigen dicha mayoría.

b) Los Funcionarios con Habilitación de Carácter Estatal en el Estatuto Básico del Empleado Público.

Resulta curioso, aunque también encuentra explicación si atendemos al apartado anterior, que prácticamente lo único que el EBEP aborda específicamente para la Administración local, si salvamos algunas referencias puntuales, es la Disposición adicional segunda que, junto a lo que deba entenderse por “*funciones públicas en las Corporaciones locales*”, dedica la mayor parte de ella a los, ahora nuevamente denominados, funcionarios de la Administración local con habilitación estatal.

Cabe señalar que el contenido de esta Disposición adicional segunda no tiene, desde luego, su origen en el Informe de la Comisión de expertos que, más bien, mantenía una posición distinta sobre las distintas cuestiones que la misma plantea. Nosotros ceñiremos nuestro análisis en este punto a lo que establece respecto de los funcionarios de Administración con habilitación estatal⁴⁹.

La intención de la reforma ahora abordada, no me cabe duda de que fruto del acuerdo entre el partido en el gobierno y otros partidos que apoyaban la acción de gobierno, ha sido transferir a las Comunidades Autónomas la mayor parte de las competencias que hasta ahora ejercía el Estado en relación con estos funcionarios. Es decir, y en suma y a pesar de la denominación que ya es indicativa, interiorizar a estos funcionarios en las Comunidades Autónomas ya que la habilitación del Estado es ahora una mera consecuencia automática de la selección que efectúan las Comunidades Autónomas⁵⁰.

El cambio producido, en esencia, no afecta sustantivamente por ahora al régimen jurídico de estos funcionarios ya que se trata de un cambio

49. En efecto, el Informe de la Comisión de Expertos no preveía introducir regla especial alguna para la Administración local en lo que se refiere a la reserva de funciones públicas a funcionarios de Administración local y el régimen jurídico de los conocidos como Cuerpos Nacionales de Administración Local cuyo sitio, siguiendo los razonamientos en este punto de la Comisión, debiera haber sido la legislación básica de régimen local, y, como hasta ahora, el régimen de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, el Informe de la Comisión de expertos, partidaria, como se ha dicho, de regular esta materia en la legislación de régimen local y no en el EBEP. Pero, además, dicha Comisión destacaba que las funciones de control interno, profesional e independiente atribuidas a estos funcionarios “*son imprescindibles en todo caso y difícilmente pueden garantizarse en las Entidades Locales de menor dimensión si no es por medio de funcionarios de carrera dotados de un estatuto que proteja su imparcialidad*”.

50. Como se sabe el propio Proyecto de Ley enviado a las Cortes definía a estos funcionarios como “autonómicos”, aunque dicha denominación desapareció tras la tramitación parlamentaria.

en principio competencial sobre los mismos. Lo que antes correspondía al Estado corresponde ahora a las Comunidades Autónomas, pero sería de ilusos pensar que esto no supone otro cambio de ciclo y otro inicio de un proceso de reformas en el régimen jurídico de éstos que, como mínimo, desarticulará la uniformidad de los mismos y hará prácticamente inviable la movilidad fuera de la Comunidad Autónoma de estos funcionarios. Aunque mucho nos tememos, y si atendemos a las tendencias apuntadas a lo largo de estos años, que el mismo no sólo se traducirá en estas cuestiones y, finalmente, terminará debilitando la posición institucional y de imparcialidad de estos funcionarios.

Lo muestra, y sin perjuicio de otros aspectos que podrían apuntarse respecto de la selección o del concurso y méritos valorables en éste⁵¹, demasiado a las claras la remisión a la legislación de las Comunidades Autónomas de los puestos de trabajo que deban cubrirse por el sistema de libre designación; sistema que si ya a nuestro juicio era impropio para la provisión de los puestos de trabajo atinentes a las funciones atribuidos a estas Escalas de funcionarios, desde luego puede deparar una definitiva extensión del mismo en numerosas Comunidades Autónomas donde la posición de los electos locales sea proclive a instaurar un régimen jurídico más dócil en la posición institucional de estos funcionarios⁵².

A la vista de dicha regulación SÁNCHEZ MORÓN no ha tenido sino que concluir con una visión crítica del sistema que, desde luego, nosotros compartimos plenamente⁵³.

51. Véase, en este punto, SÁNCHEZ MORÓN, M. "Objeto y ámbito de aplicación", pp. 75 y s.

52. Al menos, por ahora y a salvo de que la legislación de régimen local futura estableciera algo al respecto, ya que el apartado 7 de dicha disposición establece que "se regirán por los sistemas de acceso, carrera, provisión de puestos y agrupación de funcionarios aplicables en su correspondiente Comunidad Autónoma, respetando lo establecido en esta ley". Téngase en cuenta, que a diferencia de otros aspectos, el EBEP deroga lo establecido respecto de estos funcionarios en la legislación básica de régimen local y por tanto lo que rige es lo previsto en este punto en el propio EBEP. De esta forma, la legislación de cada Comunidad Autónoma irá, pues, sustituyendo la normativa reglamentaria del Estado hasta ahora vigente (RD 1174/1987, de 18 de septiembre, RD 834/2003, de 27 de junio y legislación complementaria), salvo en algunos aspectos concretos en que la propia Disposición adicional del EBEP prevé un desarrollo reglamentario estatal.

53. En opinión de SÁNCHEZ MORÓN, M. "Objeto y ámbito de aplicación", op. cit., p. 77 "Visto todo lo anterior, no cabe sino concluir que una de las piezas esenciales de nuestro sistema de administración local, durante todo un siglo, va a experimentar un profundo cambio. ¿Cuáles serán las consecuencias? Para algunos, la sustitución del Estado por las Comunidades Autónomas en el papel de garante de la imparcialidad e independencia de estos funcionarios -que es lo que explica y justifica su existencia- no tiene por qué mermar esa garantía. Pero eso es algo que está por ver. Por de pronto, la falta de límites

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: EL DEBATE CONTINUA.

Efectivamente, y según lo expuesto, a nuestro juicio el mundo local todavía se encuentra aquejado de una grave dolencia: la confusión entre el espacio político, el profesional y el que aquí hemos denominado directivo. Las reformas acontecidas en el año 2003 no han sido solución alguna a los problemas planteados. Tampoco lo ha sido el EBEP dada su inaplicabilidad en este punto a los gobiernos locales, bien es cierto que el mismo ha apuntado, no sin contradicciones como se ha apuntado al referirnos a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, en la buena dirección.

La pregunta, por tanto, es si ese impulso de reforma acontecido en el EBEP alcanzará al mundo local. Y mucho nos tememos que esta tarea no será nada fácil, aunque no menos necesaria, en el mundo local. Las presiones corporativas, de las dirigencias políticas locales y una cierta inercia histórica dificultarán, a buen seguro y espero equivocarme, una configuración de estas funciones acorde con los retos que tienen ante sí las comunidades locales. Pero son precisamente en este tipo de decisiones en las que ciertamente nos jugamos, si no todo sí en gran medida, el devenir próximo de los Gobiernos locales.

Si no somos capaces de articular una función de control democrático sobre la acción del Gobierno local, con garantías de independencia e imparcialidad, si no logramos que el espacio directivo responda verdaderamente a su finalidad y lo articulamos de forma funcional, y si no conseguimos estructurar adecuadamente la función pública profesional, gran parte de la reforma que exige el Gobierno local se vendrá al traste.

Pero todo, sin embargo, quiero pensar que no está dicho. La aplazada reforma del régimen local y la futura labor de los legisladores autonómicos dejan abierto el debate y será, de nuevo, ésta una oportunidad para afrontar con generosidad, valentía y conciencia de lo que nos jugamos la más acertada articulación de esta triple vertiente política, directiva y profesional presente y necesaria en nuestros Gobiernos locales.

precisos para la provisión de puestos de trabajo reservados a estos funcionarios por el sistema de libre designación no es precisamente un dato que avale dicha suposición. Sin embargo, nuestra Administración local, en la que el peso de los cargos electos y de un creciente número de asesores de confianza política es casi omnimodo, necesita preservar su sistema de cheks and balances, en defensa de la legalidad y del correcto funcionamiento de los servicios. Los casos de corrupción que con frecuencia afloran precisamente en este nivel de la Administración son el más claro testimonio de esa necesidad. Y, de alguna manera, los funcionarios locales con habilitación estatal -o la mayoría de ellos- han constituido una parte importante de ese sistema de control".

ISBN 978-84-8333-446-1



9 788483 334461