

Resumen

Precisar la posición de las entidades locales en el nuevo Estado de las Autonomías a la vista de las prescripciones del texto constitucional es el principal objetivo de este trabajo. Se parte para ello de la idea básica de que la atribución de autonomía tiene sentido cuando su objeto es gestionar los intereses correspondientes a un determinado espacio territorial. En nuestro sistema constitucional, por otra parte, la determinación de tales intereses ha de realizarse tanto a través de la legislación estatal como de la autonómica, lo que indudablemente complica esta cuestión. El artículo llama además la atención sobre la proliferación de fundaciones, como esquema normativo que permite la huida de la aplicación de las normas del derecho administrativo para la realización de funciones que corresponden por naturaleza a entes públicos.

Palabras clave: entidades locales, legislación estatal, legislación autonómica.

Abstract

The main aim of this article is to establish the position of the authorities in the new State of the Autonomous Communities in the light of what is laid down in the Constitution. We start off from the basic idea that the attribution of autonomy serves some purpose when its object is to administer the interest pertaining to a specific geographic space. In our constitutional system, moreover, such interests have to be determined both through state and autonomous community legislation, which undoubtedly complicates the issue. The article also draws attention to the proliferation of foundations as a regulatory framework that offers a way of avoiding application of precepts of administrative law for the performance of functions that by nature pertain to public authorities.

Key words: local authorities, state legislation, autonomous community legislation.

JEL classification: K10, K19.

LA ADMINISTRACIÓN LOCAL COMO INGREDIENTE DEL ESTADO

Francisco SOSA WAGNER

Universidad de León

I. UN CONCEPTO CONSTITUCIONAL BÁSICO

APARECER en las páginas de PAPELES es una satisfacción para cualquier profesional sensible, pero hacerlo abordando aspectos jurídicos de la estructura de nuestras administraciones locales es especialmente gustoso porque permite hacer una meditación general libre de las ataduras y del corsé que suponen los escritos destinados a revistas estrictamente jurídicas y donde, a veces, el discurso queda ahogado en el pantano de las citas y de las remisiones normativas y jurisprudenciales. Yo quiero aprovechar estas páginas, y la amable invitación que me ha sido cursada, para otear el horizonte y hacerlo sin descuidar el camino que día a día vamos dejando atrás; es decir, para intentar atrapar la serpiente del tiempo en la malla del razonamiento, diagnosticándolo y explicándolo.

Para ello, es preciso recordar que nuestro sistema constitucional ha importado del derecho público alemán la idea de la garantía institucional de la autonomía local, y sobre ella ha edificado, se está edificando, todo el orden jurídico que tiene como protagonistas a las entidades locales. En efecto, el legislador de 1978 predica la autonomía de los municipios y provincias, aunque perdería el tiempo quien quisiera seguir preguntando a ese mismo legislador más datos sobre esa afirmación de principio. Para obtener mayor precisión hay que acudir no al texto, sino al contexto en que tal declaración se produce. Ya sabemos que procede de Alemania y es ésta una afirmación de importancia

porque lo que en aquella nación se ha explicado por los autores y por los tribunales ha tenido una influencia en nuestro medio que me atrevería a calificar de decisiva.

Y ese contexto nos pone inmediatamente sobre la pista del carácter democrático de las entidades locales, especialmente en el caso del municipio, al exigir la Constitución que sus miembros sean «elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto» (art. 140 CE). Ambos elementos —autonomía e integración democrática—, lejos de entenderse como partes, deben ser comprendidos como principios constitutivos de un todo unitario.

Acerca del segundo de ellos, la integración democrática, pocas dificultades ofrece su comprensión como mecanismo de composición de las piezas internas de las corporaciones locales, pues las pautas políticas occidentales, en las que vivimos plenamente inmersos, nos dan el asunto resuelto, y, para facilitar más las cosas, la Carta Europea de Autonomía Local, que España ha ratificado (20 de enero de 1988), impone también, como elemento común a todos los ordenamientos locales europeos, el que los consejos o asambleas locales se integren por «miembros elegidos por sufragio libre, secreto, igual, directo y universal» (art. 2.2).

Más dificultad ofrece aislar la autonomía. Para empezar a deshacerla es preciso avanzar que la autonomía que se predica de los entes locales es una autonomía derivada que no participa de la soberanía ori-

ginaria que corresponde al pueblo español en su conjunto (art. 1.2 CE), por lo que estamos ante un poder subordinado que se mueve en los estrictos límites o en el espacio que la Constitución le asigna, tal como con exactitud ha dicho repetidamente el Tribunal Constitucional.

Dicho esto, surge la siguiente cuestión: el orden constitucional español, aun partiendo de esa unidad básica, ¿con qué fin atribuye autonomía a organizaciones territoriales distintas del Estado? ¿Es esto un puro artificio o responde a alguna lógica, a algún objetivo concreto? El asunto tiene interés porque hay que decir que, con semejante decisión, no se reivindica ningún legado histórico; antes al contrario, se rompe con uno plurisecular, pues la tradición que viene de la revolución liberal es la de unas entidades locales débiles. Pues bien, acaso ha sido esta dilatada experiencia la que ha servido de base para admitir que el modelo de organización estatal llegaba al cabo del siglo XX extenuado, emitiendo tan pálidas señales que su arrinconamiento se produjo, en efecto, ante el regocijo de unos pocos y la mirada indiferente de los más. La convicción del constituyente de la mayor fertilidad de una nueva hechura constitucional que permitiera confiar a piezas variadas el conjunto del poder político hasta entonces en manos del Estado acertó a formularla, atribuyendo a comunidades autónomas, diputaciones provinciales y ayuntamientos la *gestión de los intereses correspondientes* a cada uno de sus espacios territoriales.

Pero cuáles sean esos intereses es asunto que la Constitución no aborda directamente, sino que confía o remite a la ley de las comunidades autónomas y del propio Estado. Esto es lo que el Tribunal Constitucional ha llamado el *carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales* (sentencia de 23 de diciembre de 1982), extremo

éste que se ve muy claro si se piensa que, cuando el texto constitucional invoca al legislador para definir el contenido de la autonomía local, ese legislador no es unívocamente el legislador del Estado, ni unívocamente el legislador de la comunidad autónoma. Son ambos legisladores los llamados a esa operación de concreción y delimitación del interés local. En primer lugar, el del Estado, que ostenta el título derivado del artículo 149.1.18 de la Constitución para regular las bases del régimen jurídico; en segundo lugar, el de las comunidades autónomas para desarrollar esas bases en los términos y materias que señalen sus Estatutos y de acuerdo con las bases estatales.

Dicho está, con todo ello, que los tres ordenamientos, el del Estado, el de las comunidades autónomas y el de las corporaciones locales, tienen sus propios ámbitos acotados para hacer realidad el principio del pluralismo territorial; también, para dejar explícito que no son elementos estancos sino vertebrados en un sistema de relaciones permanentes que supone la conexión directa entre las comunidades autónomas y las corporaciones locales, pero también entre el Estado y estas últimas; todo ello para hacer realidad el principio de que la autonomía, como poder subordinado, alcanza su verdadero sentido en la unidad que la Constitución postula como propia de la organización de los poderes territoriales por ella diseñados.

Es en este contexto en el que se asegura a los entes locales su autonomía, poniendo en pie una «garantía institucional» que permite *proteger* a ciertas instituciones a las que se considera como componentes esenciales de la organización jurídico-política, y cuya preservación se juzga indispensable para afirmar los principios constitucionales. Como la configuración concreta de la institución se remite al legislador ordinario, la protección que se le debe

dar, con ayuda de esta técnica, se dirige a defender la autonomía frente al propio legislador, a quien se otorga un amplio margen de conformación que utilizará correctamente; es decir, sin violentar el texto constitucional siempre que mantenga la institución *en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social de cada tiempo y lugar*, en la expresión muchas veces repetida por el Tribunal Constitucional. Esa imagen se identifica con el reducto indisponible por el legislador, reducto o núcleo que se viola cuando la institución es limitada de tal modo que se le priva, prácticamente, de sus posibilidades de existencia real como institución. Esta garantía se ha visto hoy reforzada con la introducción del «conflicto en defensa de la autonomía local» en la nueva versión de la ley orgánica del Tribunal Constitucional (ley 7/1999 de 21 de abril), que, si bien se ha configurado de acuerdo con un modelo procesal algo diabólico (luego lo veremos resumidamente), está llamado a alcanzar importancia esencial (en estos momentos ya hay varios «conflictos» en trámite).

La ley opera, por tanto, como eje mismo del sistema. Ahora bien, en cuanto norma directamente conectada con la Constitución, la Ley básica actualmente existente (7/1985 de 2 de abril) define el régimen local español y, para fijar los ámbitos a los que puede extenderse la actividad de las corporaciones locales, remite al legislador estatal o autonómico la necesaria reserva de las concretas competencias, supuesto su «interés local». Aunque la decisión del legislador sea una decisión política que, como tal, se deja apriionar con dificultad en el apretado tejido de los conceptos jurídicos, cuenta con elementos de medición satisfactorios en el texto de la Ley, como son los de «capacidad de gestión», «características de la actividad», «máxima descentralización y proximidad de la gestión adminis-

trativa a los ciudadanos»; todos ellos, asimismo, valores constitucionales (arts. 9.2 y 103 de la Constitución).

Quiero, no obstante, enfatizar el hecho de que, tal como entiende la autonomía nuestro ordenamiento, al estar íntimamente conectada con el principio democrático, aquélla debe consistir en que las corporaciones locales puedan intervenir en cuantos asuntos les afecten, de tal forma y manera que dispongan siempre de un ámbito de decisión política de la entidad suficiente como para poder ofrecer a los ciudadanos unas señas de identidad que permitan a éstos reconocer el contenido de la oferta que les movió a elegir a unos determinados representantes, formando con sus votos una mayoría, en lugar de a otros. La Carta europea de autonomía local acierta a expresar esta idea cuando dice (art. 3.1, precepto al que, por supuesto, se encuentra vinculado nuestro país) que «por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las corporaciones locales de regular y gestionar... una parte importante de los asuntos públicos (de forma más expresiva, *einen wesentlichen Teil*, en la traducción alemana; *a substantial share*, en la inglesa). Esa función debe preservarla siempre la ley del Estado o de la comunidad autónoma; es un límite de su poder de conformación, límite que deriva del respeto al principio de autonomía local al que está subordinada. Este dato, central, es a menudo olvidado; una simple consecuencia de ello es que las competencias municipales se ejercen libres (por inmunes) a las instrucciones o directrices de los superiores (es a lo que remite la expresión alemana *auf eigener Verantwortung*).

Por ello, autonomía y competencias (es decir, *cuotas del poder político*) son nociones perfectamente unidas. Y, a su vez, la competencia atribuida a un ente local es el re-

sultado de la identificación por el legislador de un «interés» local. Así lo ha visto, correctamente a mi juicio, el Tribunal Constitucional cuando dice que la concreta configuración institucional de la autonomía local corresponde al legislador, *incluyendo la especificación del ámbito material de competencias de la entidad local* (sentencia de 27 de febrero de 1987). Y, desde luego, la ley básica, en su artículo 2, cuando ordena al legislador asegurar la intervención de los entes locales *atribuyéndoles las competencias que procedan*, lo que se hace *para la efectividad de la autonomía constitucionalmente garantizada*.

Lo dicho hasta aquí vale exactamente igual para la provincia, a la que resultará asignada una concreta competencia cuando se trate de asuntos o servicios que exijan, por razones económicas o de capacidad, el espacio provincial, en atención a «las características de la actividad pública de que se trate» o a la «capacidad de gestión» de la entidad local (artículo 2 de la Ley básica citada).

Este carácter central de la ley (del Estado o de la comunidad autónoma, según la distribución material de las competencias derivada de la Constitución) debería servir para abrir varios surcos nuevos en las tareas de producción legislativa, asegurando la presencia de las corporaciones locales en el proceso legislativo. Esto no es difícil de hacer, pues tan sólo exigiría el retoque de las normas reglamentarias de las asambleas legislativas (así se ha hecho en Alemania Federal, donde el Reglamento del *Bundestag* obliga a abrir un trámite de audiencia a las entidades locales cuando se discuten proyectos que afectan a éstas) o, mejor, la implantación de una costumbre constitucional que diera paso, de una forma estable y consistente, a su audiencia y participación en el *iter* de elaboración de las leyes a través de sus poderosas or-

ganizaciones asociativas (en Cataluña se ha aprobado un Reglamento de asociaciones de entidades locales), en cierta forma como se ha hecho en Canarias, donde los cabildos intervienen en el Parlamento de las Islas a través de una comisión especial o en Galicia donde análoga medida se encuentra anunciada en su ley 5/1997 de 22 de julio (art. 9). Lo mismo vale para los reglamentos (como también ocurre en Alemania Federal por disposición expresa del Reglamento conjunto de funcionamiento de los ministerios). Entre nosotros, es lástima que la ley del Gobierno no haya incorporado esta posibilidad al sistema de elaboración de las normas reglamentarias (art. 24 de la ley 50/1997), pues en él podrían haberse alojado medidas del tipo de las aquí propuestas. Insistimos, sin embargo, en que el problema no es sólo de normas, pues lo mismo se puede alcanzar por la vía de la costumbre constitucional.

Así pues, las corporaciones locales, como organizaciones integradas por representantes elegidos democráticamente, no pueden quedar reducidas al papel de terminal o extremidad de las demás administraciones públicas, privadas de la posibilidad de ofrecer unas señas políticas de identidad determinadas, pues para ese viaje no hubiera sido necesario llenar las alforjas de valores constitucionales tan altisonantes. Éste es, pues, un límite impuesto por el valor constitucional de la autonomía local, del poder de conformación de la ley, que debe dejar espacios libres que permitan a la corporación tomar decisiones políticas, pues no otra cosa quiere decir la distribución territorial *del poder político*, y ello porque la autonomía de los entes locales ha de verse siempre bajo la luz que le proyecta el sistema democrático en el que se inserta, donde cobra el relieve que la Constitución ha querido atribuirle.

II. UN LEGISLADOR VACILANTE

La experiencia habida en estos años de desarrollo legislativo y de aprobación masiva de leyes arroja un saldo desigual, aunque en muchos aspectos no siempre respetuoso con esas «señas de identidad» propias de las corporaciones locales que el Tribunal Constitucional se ha esforzado en realzar. Se ha hecho algún balance —véase Mir (1991)—, pero en la actualidad sólo muy imprecisamente podemos saber qué está pasando ante tanta ley como se aprueba por las comunidades autónomas (y por el Estado) en inmisericorde cascada.

Con todo, conviene hacer alusión a algunos pocos temas que podíamos llamar testigos por su excepcional significación (la lista podría ampliarse). Con carácter general, puede afirmarse que, al menos por lo que respecta a los municipios, éstos siguen manteniendo destacadas posiciones de protagonismo en materias como policía local, ciertos aspectos de la protección civil, abastecimiento de agua a las poblaciones, recogida de basuras, control de las actividades molestas o clasificadas, transporte de viajeros, así como cementerios y servicios funerarios.

Es, asimismo, patente el protagonismo de los ayuntamientos en materia de urbanismo, pues las leyes del suelo (la estatal y las autonómicas aprobadas) hacen descansar sobre la responsabilidad municipal buena parte de la gestión urbanística. No obstante, se trata de una competencia compartida con las administraciones superiores, aunque, en una materia como la aprobación de los planes, la jurisprudencia está matizando el alcance de las atribuciones de las entidades intervinientes al restringir la aprobación de los órganos de la comunidad autónoma del plan propuesto por el ayuntamiento a la valoración y exa-

men de sus aspectos reglados, y de aquellos discrecionales que incidan en materia de interés autonómico o que afecten al principio de interdicción de arbitrariedad.

Sin embargo, esta tradicional competencia local ha venido recorriéndose como consecuencia de una línea jurisprudencial que suprimió la exigencia de licencia municipal en el caso de las grandes obras públicas, de la que son muestras varias sentencias del Tribunal Supremo desde 1982. Ha dicho, en tal sentido, este Tribunal que: «al distinguir los conceptos de ordenación urbanística y ordenación del territorio han incluido en este último aquellas grandes obras o construcciones de marcado interés público que, siendo de la competencia estatal, no pueden quedar frustradas por la voluntad municipal» (11 de octubre de 1994, que extiende la no necesidad de licencia a las estaciones de servicio de las autopistas por ser elemento funcionalmente adscrito a aquéllas). Tendencia peligrosa esta cuyo efecto multiplicador ha podido percibirse en el hecho de haber sido recogida en sede legislativa por el art. 19. 3 de la Ley de Puertos del Estado (de 1992), que eximió a las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realizaran en dominio público portuario «de los actos de control preventivo municipal por constituir obras públicas de interés general», sustracción ésta de una típica competencia municipal que ha sido corregida, en parte, por la sentencia constitucional de 19 de febrero de 1998. El nuevo párrafo tercero del artículo 84 de la ley básica de régimen local (según la redacción de la ley 11/1999) trata de corregir excesos como el señalado al decir que: «las licencias o autorizaciones otorgadas por otras administraciones públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las entidades locales, respetándose, en todo caso, lo dispuesto en las correspondientes le-

yes sectoriales». Se trata de una previsión positiva, aunque debió ser formulada con mayor contundencia, ya que la referencia a las «leyes sectoriales» puede resultar enormemente perturbadora al ser precisamente esas «leyes sectoriales» las causantes del desapoderamiento competencial de los municipios.

En una materia bien cercana al urbanismo, la de los espacios protegidos, también las leyes que los están disciplinando prescinden más o menos abiertamente, en términos generales y a salvo alguna excepción, de la presencia municipal o se la configura de una manera prácticamente simbólica.

El urbanismo, además, se ha complicado en los últimos tiempos con lo que ya se llama urbanismo comercial, es decir, el que afecta a la instalación de establecimientos comerciales, algunos de los cuales, notoriamente el conocido bajo el rótulo de grandes superficies, ha generado una batalla entre sectores interesados que, como no podía ser menos, ha trascendido al medio jurídico. En principio, la competencia de los ayuntamientos en relación con los mismos parece clara, y trae su causa histórica de títulos de intervención muy tradicionales de la administración local. Ahora bien, su importancia, el impacto que causan en el espacio donde se alojan está produciendo un desplazamiento de las competencias municipales en favor de las regionales o autonómicas. Como dice expresivamente el Tribunal Constitucional en su sentencia de 9 de julio de 1993: «nada impide que el concepto de urbanismo, en cuanto objeto material de la competencia autonómica, se adentre en aspectos comerciales —el llamado urbanismo comercial—, pues es obvia la influencia de los grandes establecimientos comerciales en distintos aspectos de relevancia urbanística como son la utilización de los transportes públicos, el uso de las vías urbanas y de las comunica-

ciones, los problemas en la calificación del suelo etc...». Precisamente por ello, alguna legislación autonómica, como es la catalana, permite que los ayuntamientos elaboren sus programas de orientación para los equipamientos comerciales, pero su aprobación se reserva a la administración autonómica (ley 1/1997 de 24 de marzo). En la sentencia, igualmente constitucional, de 22 de junio de 1993, relativa a la ley aragonesa de ordenación de la actividad comercial, puede leerse: «el hecho de que, sin perjuicio de la concesión de licencias de apertura de los establecimientos comerciales por parte de los ayuntamientos, haya, además, en el caso de las grandes superficies, una autorización especial que compete dispensar a órganos de la administración autonómica obedece al carácter supramunicipal de los intereses concernidos por la instalación de un centro de esta especie... sin que pueda verse en ello atentado alguno a la autonomía municipal, dada la dimensión territorial de los intereses afectados». Igualmente se advierten en la Comunidad de Andalucía (ley 1/1996 de 10 de enero) o en el propio Estado (leyes 7/1996 de 15 de enero y 2/1996 de la misma fecha, esta última de carácter orgánico).

Y, en una materia tan importante en los tiempos que corren como es la defensa del consumidor, reina la más absoluta confusión acerca del papel de los ayuntamientos, hasta el punto de que algunas comunidades autónomas (tal, la asturiana) están arbitrando el complicado mecanismo de los «convenios» entre la propia administración autónoma y los ayuntamientos para delimitar competencias. ¡Ah, si los administrativistas del siglo XIX levantarán la cabeza y vieran en qué ha quedado el viejo y municipal inspector de abastos!

La sanidad local, pese a las buenas intenciones de la Ley General de Sanidad (1986), se diluye en los

más amplios cauces de las responsabilidades estatales y, sobre todo, regionales. Predomina en esta materia una peligrosa dispersión normativa cuyo único hilo conductor parece ser precisamente el del desconocimiento del papel que en la misma podrían jugar los municipios, pese a las buenas intenciones del Tribunal Supremo, que en ocasiones (así, sentencia de 12 de noviembre de 1997) recuerda la competencia del ayuntamiento (frente a la comunidad autónoma) para ordenar a los propietarios la realización de obras de mantenimiento en los edificios de la seguridad, salubridad y ornato, precisamente sobre la base de sus atribuciones sanitarias.

Las organizaciones representativas de los municipios han pedido insistentemente una ampliación de las competencias municipales a través de la legislación sectorial, sin cuestionar, en ningún caso, el modelo legal antes expuesto de atribución de esas competencias. El tiempo dirá cómo se van perfilando estas cuestiones, sujetas a múltiples avatares, entre ellos, los tecnológicos. Una cosa resulta, sin embargo, clara y es que una utilización consciente e imaginativa de los mecanismos legales sería suficiente para definir un sistema que facilitara, de un lado, las relaciones entre administraciones públicas, y de otro, la actuación de los particulares y la defensa de sus derechos. ¿Cuándo caerá el legislador en las posibilidades que, por ejemplo, ofrece el mecanismo de las competencias delegadas?

Las reformas introducidas en las leyes de tráfico, aguas, derecho de reunión, educación y seguridad ciudadana van tímidamente en la dirección de la ampliación del papel de los municipios (leyes 9, 10 y 11 de 1999). Y ya que son citados estos textos, es oportuno recordar que en ese año 1999 se aprobó un paquete de medidas legislativas integrantes de lo que en términos po-

líticos se llamó «el pacto local» (que en estas fechas tiene su continuación, más o menos accidentada, en el ámbito territorial de las comunidades autónomas).

Sin que sea necesario entrar en muchos detalles, se trató básicamente de solucionar algunos problemas que la práctica jurídica y política habían suscitado. Con el nuevo sistema se refuerzan las atribuciones del alcalde o presidente de la diputación en detrimento del pleno, ya que se ha puesto el acento precisamente en la figura de quien preside las corporaciones locales, lo que se evidencia si se considera que se le atribuye la decisión de los empates con su voto de calidad (reconocido ya anteriormente, pero sin carácter básico), ampliándose al tiempo sus facultades en materias económico-financieras, de personal (aprobación de la oferta de empleo, nombramientos y sanciones), urbanísticas y de otorgamiento de licencias, de contratación y concesiones, de obras y servicios, así como en el ejercicio de acciones judiciales y administrativas.

Por su parte, el pleno ve disminuidas correlativamente sus funciones; con todo, dispone de todas aquellas que implican la adopción de decisiones políticas de especial trascendencia (aprobación de planes, presupuestos, reglamento orgánico...), así como la votación sobre la cuestión de confianza.

Obligado resulta aludir a la novedad de bulto que supone el «conflicto en defensa de la autonomía local», ya citado con anterioridad. Podrán dar lugar al planteamiento de tales conflictos las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones, asimismo con rango de ley, de las comunidades autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada. Para plantear este conflicto están legitimados: a) el municipio o provincia que sea destinatario único de la ley;

b) un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente; c) un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial (art. 75 ter). En Canarias la exigencia está referida a tres cabildos y en las Baleares a dos consejos insulares, aunque no se alcance el porcentaje de población.

La sentencia que al efecto se dicte declarará si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando la titularidad o atribución de la competencia controvertida, y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local (art. 75, quinque, punto 5). Ahora bien, la declaración de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el pleno del Tribunal Constitucional decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto, declarando que ha habido vulneración de la autonomía local, cuestión que se tramitará de acuerdo con el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad (artículos 37 y sigs. y artículo 75, quinque, punto 6 de la ley reguladora del Tribunal).

Junto a esta importante rectificación del ordenamiento anterior, figura la reforma de las mociones de censura, y la introducción como figura nueva de la cuestiones de confianza (ley 8/1999). El sistema queda como sigue: el alcalde puede ser destituido mediante moción de censura, que deberá ser propuesta, al menos, por la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación y habrá de incluir un

candidato a la alcaldía pudiendo serlo cualquier concejal, teniendo en cuenta que ningún concejal podrá suscribir más de una moción de censura durante su mandato. Cuando se presente dicha moción, queda el pleno automáticamente convocado para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de su registro. Dicho pleno será presidido por una mesa de edad y en él intervendrán el alcalde, el candidato y los portavoces de los grupos (se sale así al paso de una práctica viciosa y kafkiana bien extendida). Si la moción es votada favorablemente por la mayoría absoluta del número de concejales que legalmente componen la corporación, el candidato incluido en la moción de censura quedará proclamado nuevo alcalde.

Asimismo, éste puede plantear al pleno la cuestión de confianza (como máximo, una al año, o dos durante la total duración de su mandato, excluido el último año de mandato de cada corporación) vinculada a la aprobación o modificación de los presupuestos, el reglamento orgánico, las ordenanzas fiscales o la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los instrumentos de planeamiento general de ámbito municipal. En el caso de que no prosperase la cuestión de confianza, el alcalde, ya cesado, quedará en funciones hasta que sea elegido el nuevo en sesión plenaria, convocada automáticamente para las doce horas del décimo día hábil siguiente al de la votación del acuerdo al que se vinculase la cuestión de confianza. No se podrá plantear una cuestión de confianza desde la presentación de una moción de censura hasta la votación de esta última.

Contra el presidente de la diputación se puede ejercer la moción de censura en los mismos términos previstos para el alcalde y puede plantear la cuestión de confianza vinculada a la aprobación o modificación de los presupuestos, el regla-

mento orgánico y el plan provincial de cooperación (art. 207. 4 de la ley orgánica electoral general en su versión de la ley 8/1999).

III. UN ELEMENTO ESENCIAL: EL SERVICIO PÚBLICO

Quienes consideramos que todo el tinglado de las administraciones públicas se justifica sólo por la atención que presta a los ciudadanos, y somos, por tanto, defensores de la rica tradición jurídica europea que representa el «servicio público», estamos de nuevo respirando tranquilos después de haber vivido unos años de zozobra motivada por la aparente inminencia de su desaparición, anegado el concepto y anegada la rica idea que representa en medio del mar de privatizaciones, desregulaciones, liberalizaciones y no sé cuántas otras exageraciones.

En efecto, a partir del art. 90. 2 (hoy, 86. 2) del Tratado de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia, de forma sutil pero ostensible, enfatizó durante años el principio liberal de la competencia propio de la economía de mercado, de suerte que, de seguir por estos derroteros, buena parte de los servicios públicos europeos estarían hoy en peligro porque a los mismos no se les puede aplicar sin más la razón del mercado sin matices, de la misma forma que a éste no se le puede pedir que emplee los criterios con que aquéllos se prestan. Se trata de dos lógicas distintas que merecen no sólo respeto, sino también la creación de cauces para su fecunda convivencia. El Tribunal así ha acabado reconociéndolo en una serie de pronunciamientos, entre los que podrían citarse los asuntos La Poste (febrero de 1997), Corbeau (mayo de 1993) y D'Almeo (abril de 1994; véase Muñoz Machado, 1998).

Pero no es sólo la interpretación de los jueces. La propia reforma del Tratado (Amsterdam, 2 de octubre

de 1997) avala hoy ya, de una forma más contundente, la acogida en el seno de la Unión de las viejas ideas. Emplea, además, la nueva redacción ese tono, hecho de palabras tiernas, con que se recibe a un hijo al que se ha mantenido expulsado largo tiempo de los afectos familiares: «a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los estados miembros [...] velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido» (art. 16). Se observa pues la nueva sensibilidad con que se abordan ahora las exigencias que imponen los servicios públicos, uno de los activos más ricos de la cultura jurídica europea y aun, si se me apura, de la cultura a secas.

Las aguas vuelven pues paulatinamente a su cauce, y ello facilitará la supervivencia del servicio público en condiciones de mayor salubridad, aligerado, gracias sin duda a la política de privatizaciones, del pesado fardo que en su seno llevaba por virtud del acarreo de materiales producido en etapas históricas muy variadas y distantes; un servicio público depurado de inaceptables perversiones, por la vía precisamente de la aplicación de las reglas de la competencia a aquellas empresas que no gestionan servicios y que, por lo mismo, deben medirse por el rasero igualador del mercado.

Lo que importa pues retener con alivio, es que no parece que vayamos a asistir a las exequias de los servicios públicos, que bien hubieran merecido un gran réquiem dedicado a su homenaje, porque, gracias a ellos, Europa en buena medida existe y se halla vertebrada como un continente en el que reina una mejorable, pero evidente, solidaridad. La terapia socialdemócrata, enriquecida ahora por la vida al aire li-

bre que propician las recetas liberales, tiene aún mucho futuro por delante.

Aunque entiendo que no es éste lugar para aclarar el régimen jurídico de los modos de gestión de tales servicios por parte de las corporaciones locales (a tal efecto debe consultarse mi libro citado en la bibliografía), sí quiero referirme brevemente a una nueva forma de gestión que está suscitando general (y peligroso) interés por parte de los responsables políticos locales. Me refiero a las fundaciones reguladas en la ley de 24 de noviembre de 1994, que considera tales a «las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro, que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general». El giro que la ley ha dado a la idea fundacional es bastante palmario, si se tiene en cuenta que de la visión tradicional, que ponía el acento en la existencia de una masa de bienes, se pasa a la de «organización» como elemento definitorio y clave.

Porque el antiguo hallazgo organizativo que la fundación supuso hizo tal fortuna que se mantendría a lo largo de los siglos, relacionándose, en la Edad Moderna, con el ejercicio de muchas actividades benéficas y como medio para vincular un conjunto de bienes a las atenciones o necesidades de una determinada familia. Este aprovechamiento de la figura fundacional, junto a la inmovilización de bienes inmuebles que la misma conlleva, provocaron, en el siglo XIX, la inclusión de las fundaciones en el gran saco desamortizador. El legislador decimonónico no las suprimió de un plumazo, sino que prefirió ahogarlas por un procedimiento lento; a saber, permitiéndoles tan sólo la posesión de los inmuebles precisos para los fines fundacionales, y obligándolas a invertir el resto del capital en títulos de la deuda pública. La inflación,

con la consiguiente erosión monetaria, hizo el resto. Pero, como todo buen invento o, si se prefiere, como el ave legendaria, la fundación logró renacer de las pavesas a que quiso reducirla el torbellino desamortizador, y hoy de nuevo vive un presente cargado de futuro.

La mórbida figura del siglo XIX y de buena parte del XX, fortalecida inesperadamente por las necesidades del moderno tráfico jurídico, entra pues en el siglo XXI con la más envidiable lozanía.

Sus fines, de acuerdo con la nueva regulación, pueden ser los de «asistencia social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado» y, por si toda esta lista no se considerara suficientemente expresiva, el legislador añade, para no dejarse nada en el tintero, «cualesquiera otros de naturaleza análoga» (art. 2).

Si se compara esta enumeración con la de competencias de los municipios contenidas en la legislación básica (y a las que antes me he referido), veremos que sus contenidos coinciden de una forma expresa o implícita. Así las cosas, ¿pueden los entes locales constituir fundaciones? La respuesta se contiene en el artículo 6. 1, a cuyo tenor «podrán constituir fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, sean éstas públicas o privadas». Y el párrafo cuarto del mismo precepto señala que «las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario».

Puede decirse, por consiguiente, que la fundación, como figura jurídica, ha vivido una mutación fundamental, de suerte que hoy ha devenido algo sustancialmente distinto

que nada o poco tiene que ver con la prístina idea que en la cabeza tuvieron los codificadores del pasado siglo (patrimonio adscrito a un fin). Están a disposición de las entidades locales que, además, pueden constituir las con otras entidades de esta naturaleza (un ayuntamiento con la diputación, por ejemplo, o el Estado) y asimismo en colaboración con sujetos privados; casos éstos en los que los sujetos fundadores se repartirían la dotación y la financiación sucesiva de la organización de esta suerte creada.

Antes he empleado el adjetivo peligroso para referirme a la introducción de esta figura entre los modernos modos de gestión local. ¿En dónde radica este peligro?, se preguntará acaso el lector. En el hecho de que estas organizaciones se rigen por el derecho privado, lo que puede acarrear una conmoción en el mundo jurídico, pues prácticamente se abaten las fronteras entre lo público y lo privado, y, en tal sentido, puede decirse que la fundación alumbrada por la nueva ley ha contribuido a destruir las mugas que siempre delimitaron ambas esferas. Acudir a las fundaciones va a ser, a partir de ahora, la aspiración de todo político que quiera evitar los rigores del régimen jurídico de las sociedades anónimas, ya muy rodado y con todos sus recovecos perfectamente descubiertos. Piénsese en la diferencia entre la responsabilidad de los administradores, clara, diáfana y a veces mortificante, y la de los patronos, instalada en una bienaventurada nebulosa.

Con la moderna fundación no se produce una simple «huida» del derecho administrativo, como varias veces se ha dicho, sino que, más allá, da la impresión de que se ha consumado un verdadero adulterio en la medida en que el legislador ha construido un cómodo lecho para que la Administración yacza en él, con la frecuencia que sus necesidades demanden, con el dere-

cho privado, y todo ello ante la mirada impotente de su marido legítimo, el derecho administrativo, acaso serio y poco estimulante pero siempre fiel.

¿No nacerán de esa unión criaturas bastardas? ¿Y no serán ellas las que actúen como termitas que con paciencia logren acabar con las administraciones mismas disueltas en un sinnúmero de fundaciones y patronatos?

IV. UN ASUNTO SIEMPRE APLAZADO: LA REORGANIZACIÓN TERRITORIAL

La necesaria e imprescindible reforma del mapa municipal español (más de ocho mil municipios), que habría de hacerse además en el marco de las nuevas organizaciones intermunicipales existentes (mancomunidades y comarcas que proliferan como hongos), forma parte de eso que podíamos llamar el horizonte y acaso por eso, porque es horizonte, permanece lejano y esquivo.

La ley básica de 1985 estableció, a través de diversos mecanismos, un criterio más restrictivo para la creación de nuevas entidades municipales que el manejado por el legislador precedente, que deberá ser tenido en cuenta no sólo por la legislación de las comunidades autónomas, sino también, y muy destacadamente, por los Tribunales de Justicia, en la solución de los innumerables conflictos judiciales en que, a menudo, desembocan estas operaciones. Las leyes de las comunidades autónomas se han movido en esa línea, y así la ley gallega (5/1997) dispone que, cuando el expediente de alteración de términos municipales se haya iniciado de oficio, si en el trámite de información formularse oposición uno o más municipios, la resolución definitiva la adoptará, mediante ley, el

Parlamento de Galicia. La ley de Cataluña, aunque anuncia la elaboración de un mapa municipal, parte del concepto de «núcleos de población territorialmente diferenciados» con un mínimo de 3.000 habitantes, define los conceptos de «recursos suficientes» y de «calidad media» (de una forma vaga), y establece el requisito de que exista una franja de terreno clasificada como suelo no urbanizable de 3.000 metros entre los núcleos más próximos a los municipios resultantes. La Norma Foral de Vizcaya de 7 de julio de 1993 delimita los conceptos de «recursos económicos suficientes», «superficie bastante» y «calidad media de los servicios». En cuanto al número de habitantes exigible, la legislación autonómica oscila entre los 4.000 de Andalucía (rebajables a 2.000 en el caso de que el núcleo de población haya sido durante cinco años entidad local menor) y los 350 de La Rioja, con cifras intermedias como los 1.000 de la ley navarra o de la castellano-manchega o la castellano-leonesa. En fin, la ley de Aragón (7/1999) crea la figura de los programas de reorganización que podrían afrontar las alteraciones de términos en zonas especialmente despobladas y faltas de recursos (art. 17).

Ahora bien, todas estas previsiones están hechas para el futuro, pues tales exigencias no rigen para los municipios existentes. Se observa, pues, una clara falta de pulso en la actuación de las comunidades autónomas hasta la fecha, lo que evidencia el aumento del número de municipios (44 entre los años 1986 y 1994). En algún supuesto, en el que no se dieron los requisitos para la creación de un nuevo municipio por medio de los correspondientes acuerdos administrativos, se recurrió a la ley, como fue el caso de la catalana de 22 de febrero de 1994 o de la murciana de 28 de julio de 1989 que creó el de Los Alcázares. La jurisprudencia, por su parte, no ofrece criterios inequívocos, y

así, mientras las sentencias de 24 de octubre y 30 de octubre de 1989 se han limitado a constatar los requisitos formales exigidos, las de 23 de febrero de 1981 y 15 de junio de 1984 han sido más rigurosas, de acuerdo, por cierto, con la doctrina de los dictámenes del Consejo de Estado (véase, en tal sentido, el de 10 de marzo de 1988).

Es decir que, a la vista de lo sucedido en estos últimos años, nadie parece ponerse delante del mapa de España y, auxiliado de un buen juego de lápices de colores que permitan identificar los espacios territoriales existentes, meditar, ante el abigarrado colorido sin duda resultante, acerca de su sentido y, más allá, interrogarse sobre la oportunidad de su misma persistencia: ayuntamientos, diputaciones provinciales, decenas de mancomunidades e, incluso, las comarcas forman la espesa urdimbre del paño. No siempre bien cosido y a menudo incluso mostrando, sin el obligado recato, feos costurones.

En mi opinión, es un error considerar que esta organización resulta una especie de ordenación providencial con la que necesariamente hemos de convivir. Antes al contrario, su carácter contingente, que deriva de no ser sino un modo histórico de organizarse, arraigado sin duda pero corregible, es el que permite pensar que no resulta descabellado imaginar una realidad distinta. Estamos en un siglo nuevo, se han conmovido formas políticas que teníamos por imbatibles, se presiente un mundo que ofrece señales de excitante e inquietante originalidad... pues bien, si ponemos la vista en ese panorama, aplicar el cauterio a algunas estructuras administrativas es un acontecimiento menor, de escasa entidad aún si pensamos en la necesaria desaparición de muchos ayuntamientos que, por su escasísima población y sus desfallecientes recursos, arrastran una existencia fantasmal, de

auténticos espectros, incapaces de proyectar siquiera la turbadora sombra que toda administración que se precie debe estar en condiciones de proyectar.

Apelemos a la experiencia extranjera. En Alemania Federal, y podría ponerse el ejemplo de otros países, se redujo hace años el número de ayuntamientos a la tercera parte de los existentes. Población mínima exigida: cinco mil habitantes. Resultado: la excelente calidad de los servicios de responsabilidad municipal en aquel país como puede comprobar cualquier viajero. Bien es verdad que, para culminar con éxito tal operación, los políticos implicados hubieron de poner en juego una buena dosis de tenacidad y de resolución. Pero tener paciencia, dialogar y convencer son los componentes mínimos que justifican el sueldo de los responsables políticos. Algunas situaciones fueron tan conflictivas que acabaron en los tribunales, el mejor lugar imaginable porque también sus componentes se ganan el sueldo poniendo paz allí donde hay discordia. De modo y manera que, en el plazo de unos diez años, planeando resueltamente por encima de muchos campanarios, se ultimó una reforma de las estructuras administrativas territoriales de larguísimo alcance. Diez años, conviene repetir: sin prisas, pues. No un fin de semana que es lo que probablemente gustaría por estas heredades.

¿Y qué hacer, en este contexto, con las diputaciones provinciales? En la mayor parte de las comunidades autónomas, especialmente en las grandes, las diputaciones no sólo no sobran, sino que forman un perfecto instrumento de política y gestión locales faltos tan sólo del soplo que las libere definitivamente de su actual envaramiento institucional. El grito expresivo de Ortega: «¡Eh, las provincias, de pie!», pronunciado en 1928, mantiene, en parte, su lozanía en estos amaneceres

del siglo. Con unos municipios robustecidos, las diputaciones, para buscar acomodo en la magna ágora de las administraciones públicas, deben recibir por delegación o transferencia el ejercicio de las competencias de la comunidad así como reclamar su carácter de gestores ordinarios de la misma. Es ésta una solución óptima pues, además de reforzar el espacio provincial, actuará como poderoso lubricante en los canales de comunicación entre la Administración y los ciudadanos y contribuirá a una mejora cierta en la eficacia de la prestación de los servicios mismos, que es, a la postre, el gran banco de prueba donde se juega su misma credibilidad el sistema todo. Ya sabemos que existen leyes, declaraciones, planes que propician justamente una solución como la que definiendo, pero no se trata de eso: ahora procede más bien de soltar esas leyes, esas bonitas declaraciones y esos minuciosos planes de la jaula burocrática en que se encuentran, contraídos y como deformes, para recorrer con las alas desplegadas la geografía española anidando en las viejas diputaciones que no merecen recibir el acta de defunción.

Lo demás son parches, tatuajes con los que se rasga la piel del territorio. Muchas mancomunidades no están justificadas y la fórmula comarcal no será necesaria si se expresen con sabiduría, libre de ridículos sectarismos, las inmensas posibilidades que aún quedan sin desplegar, yertas, en los artículos de la legislación de régimen local y de nuestro sistema autonómico.

La misma construcción europea y aun el nuevo orden mundial, con toda su complejidad y magnitud, exigen, precisamente, el aseguramiento de las pequeñas colectividades, porque, como escribió Quinet hace más de un siglo, «también la inmensa Odisea gravita alrededor de la pequeña Itaca». Porque, adviértase que el estado nacional o, si

se prefiere, los venerables estados que significaron la culminación de un magnífico ideal de integración, que redujeron a cenizas los viejos poderes feudales y que dieron a Europa su fisonomía irisada y compleja, ese estado está hoy, en buena medida, en entredicho. No se sabe cuál será su suerte, pero aunque algún día, desfigurados ya sus atributos más señalados, sus estructuras lleguen a languidecer, siempre nos quedará en nuestros bolsillos el polvo pegadizo del viejo universo local. Y es que cuando, fortalecida Europa, la voz del Estado no se oiga sino en falsete, la municipal seguirá resonando grave y cabal en la gran bóveda del continente.

V. UN AGLUTINANTE ESENCIAL: LA LEALTAD

Es la lealtad, en efecto, el gozne del Estado, la bisagra que sirve para facilitar nada menos que su movimiento y el acomodo entre las piezas del sistema político descentralizado (federal, regional, o como se le quiera bautizar). La lealtad actúa así como telón de foro, que es el que en el teatro cierra en rigor la escena, prestando su sentido a la decoración toda.

Además, es esta cláusula (nacida en el derecho alemán a principios del siglo XX para explicar las relaciones entre los estados y el *Reich*) un instrumento que impide el abuso

en el ejercicio de las propias competencias; un abuso que se percibe fácilmente cuando de una determinada norma jurídica o de una específica acción administrativa, aun adoptadas sin *animus laedendi*, se derivan perjuicios para esos intereses comunes, con lo que son éstos (los intereses comunes) los que se convierten en la medida o, si se prefiere, en la referencia para advertir la deslealtad, vitanda pues compromete el funcionamiento mismo del sistema y de su armonía, consustanciales al Estado plural que, por su delicadeza y por constituir una auténtica filigrana, exige echar mano de estos conceptos, imprecisos, porque habrá que descubrirlos caso por caso, pero útiles para la andadura del modelo.

Se trata pues de una suerte de desahogo para la argumentación cuando se buscan soluciones respetuosas con el orden constitucional, y ello vale tanto para el político que contribuye a ponerlo en pie con su actividad en el parlamento o en los gobiernos, como para el juez constitucional o administrativo que ha de resolver conflictos públicos, pues para todos es la lealtad el entibo, el hilo de Ariadna que nunca debe extrañarse porque, de lo contrario, se desorientarán irremediablemente en el laberinto que, con tanta eficacia, saben construir los intereses que se enfrentan en el Estado descentralizado.

Sólo muy parcialmente, esta lealtad a la que aludo se halla prevista en textos positivos y esta deficiencia se advierte igualmente en nuestra legislación local. Carece pues de cuerpo, lo cual no debe alarmarnos porque es más bien espíritu, es decir, la esencia o la substancia aglutinante (el adhesivo) de la organización política. La lealtad institucional (de los municipios con el Estado, de éste con aquéllos y con las comunidades autónomas, de estas últimas con unos y otro) representa el confín que marca el territorio de las buenas maneras, más allá del cual se abre otro que puede convertirse en nido de las más serias infracciones al orden constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1985), *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid.
- MARTÍN MATEO, Ramón, y SOSA WAGNER, Francisco (1999), «Cincuenta años en la Administración local», *Revista de Administración Pública*, n.º 150: 285 y siguientes.
- MIR I BAGÓ, Josep (1991), *El sistema español de competencias locales*, Madrid.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998), *Servicio público y mercado*, Madrid.
- MORELL OCAÑA, Luis (1988), *El régimen local español*, I, Madrid.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (1981), *Garantía institucional y autonomía local*, Madrid.
- SOSA WAGNER, Francisco (2001), *Manual de derecho local*, sexta edición, Pamplona.
- (2002), *La gestión de los servicios públicos locales*, quinta edición, Madrid.