

GOBIERNO LOCAL, ADMINISTRACIÓN LOCAL Y POTESTAD NORMATIVA DE LOS ENTES LOCALES

MONTserrat CUCHILLO FOIX
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ENTES LOCALES Y LOS PRISMAS O PERCEPCIONES DE LA AUTONOMÍA LOCAL: GOBIERNO LOCAL Y ADMINISTRACIÓN LOCAL. 1. *Los prismas o percepciones de la autonomía local.* A) Los entes locales como piezas de la organización territorial del estado. B) Los signos distintivos de la posición constitucional de los entes locales: la garantía institucional de la autonomía local. 2. *La caracterización de los entes locales como administraciones públicas y de su autonomía como «administrativa» y su incompatibilidad con el orden constitucional.* A) La distinción entre autonomía política y administrativa y la caracterización de las entidades locales como administraciones públicas. B) Las entidades locales como instancias de autogobierno y la necesaria distinción entre funciones de gobierno y de administración. 3. *La configuración constitucional del autogobierno local y la fundamentación del carácter bifronte del régimen local.* III. EL ALCANCE Y CONTENIDO DE LA POTESTAD NORMATIVA LOCAL: RESERVA DE LEY Y AUTOGOBIERNO LOCAL. 1. *Potestad normativa, reserva «flexible» y «relativa» de ley, derechos fundamentales y relaciones especiales de sujeción.* 2. *Potestad normativa, competencias locales y legislación «material».*

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución define a las instituciones locales como piezas de la organización territorial del Estado que gozan de autonomía para la

gestión de sus intereses y cuyo gobierno y administración corresponde a instancias legitimadas democráticamente por la colectividad respectiva (arts. 137 CE, 139 y 140 CE).

La aseveración de que la atribución de potestad reglamentaria es una manifestación y corolario indispensable de esa condición de instituciones de gobierno y administración, cuya autonomía está garantizada por la Constitución, resulta unánimemente compartida por la doctrina y la jurisprudencia y está plenamente avalada por la legislación.

Más allá de dicha consideración, el acuerdo no se extiende, sin embargo, ni a la identificación de cual sea la posición que las instituciones locales ocupan en el sistema jurídico-político, ni a la concepción y definición del alcance y contenido de la potestad normativa que el orden jurídico les reconoce como instrumento esencial y necesario para la asunción y el desarrollo de las funciones que la Constitución les asigna.

En las páginas que siguen pretendo exponer, a grandes rasgos, la configuración de las instituciones locales que, en mi opinión y en atención a su definición como piezas necesarias de la organización territorial del Estado, se deriva de la sanción constitucional de la autonomía local y la concepción y el alcance y contenido de la potestad normativa que, también en mi opinión, se deriva de y es imprescindible para que las instituciones locales puedan asumir los cometidos que esa configuración constitucional les impone.

La concepción de las instituciones locales y de la potestad normativa local que aquí se sostiene encuentra un punto de arranque en las tempranas aportaciones de Javier Salas. En efecto y como es bien conocido, años antes de la promulgación de la Constitución y en su extraordinario trabajo sobre la Competencias administrativas (1), Javier Salas definió los elementos y líneas esenciales de la articulación técnico-jurídica de la descentralización política y administrativa. Tras la opción del constituyente por un modelo de estado descentralizado, y en su condición de Letrado del Tribunal Constitucional afinó y depuró esa aportación, capital para su efectiva puesta en marcha en la esfera local, en términos que fueron en gran medida plasmados en las decisiones seminales sobre la posición constitucional de las instituciones locales y sobre el alcance y

(1) SALAS, J.: «El tema de las competencias. Instrumentación de las relaciones entre la Administración local y la del Estado», en S. MARTIN-RETORTILLO *et al.*, *Descentralización administrativa y organización política*. 3 vols. Alfaguara. Madrid, 1973.

contenido de la autonomía reconocida a las mismas por la norma fundamental (STC 4/1981 y 32/1981).

II. LA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ENTES LOCALES Y LOS PRISMAS O PERCEPCIONES DE LA AUTONOMÍA LOCAL: GOBIERNO LOCAL Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

El capítulo I del Título VIII de la Constitución, relativo a la organización territorial del estado, define a los municipios, provincias y comunidades autónomas que se constituyan como las instituciones nucleares de dicha organización (art. 137 CE).

El Capítulo II, que contempla la administración local, garantiza el derecho de los municipios a gestionar con autonomía sus respectivos intereses y la condición representativa de las instancias de gobierno y administración de municipios y provincias. El artículo 142 CE precisa que las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de sus funciones y que se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas.

La «parquedad», del texto constitucional en la definición de la posición de las instituciones locales en el sistema jurídico-político y en la concreción de la autonomía local y, en particular, de la autonomía municipal que es la más relevante atendida la configuración del municipio como instancia básica de participación ciudadana, es resultado y expresión, en mi opinión, del carácter abierto del modelo de descentralización política y administrativa sancionado por la Constitución de 1978. Un modelo cuyos rasgos esenciales se concretan en su carácter dispositivo, en cuanto afecta a las Comunidades Autónomas, y en la pluralidad de opciones autorizadas por el constituyente, en cuanto se refiere a la inserción institucional concreta de las instituciones locales.

1. Los prismas o percepciones de la autonomía local

Las características de ese modelo han determinado, como es bien conocido, por una parte, la asignación de un papel fundamental a la jurisprudencia constitucional en la concreción del concepto de autonomía que, en el caso de las instituciones locales, se extiende a la identificación de su posición constitucional. Y por otra parte, la atribución de

un papel también muy importante a las elaboraciones doctrinales, algunas de las cuales fueron tempranamente recogidas por el Tribunal Constitucional y por la legislación, estatal y autonómica, relativa al régimen local (2).

En este contexto, los pronunciamientos del Tribunal Constitucional han analizado las instituciones locales a través de una serie de prismas o aproximaciones que han puesto de relieve las distintas manifestaciones de su configuración, conjuntamente con «las comunidades autónomas que se constituyan» (art. 137 CE), como piezas de la organización territorial. Así como las concreciones, diferenciadas como es obvio en atención a la distinta condición de las colectividades cuyos intereses institucionalizan unas y otras, que resultan del otorgamiento de autonomía para la gestión de sus intereses respectivos (art. 137 CE).

A través de esos prismas o aproximaciones, el Tribunal ha procedido a la definición del concepto de autonomía atendiendo, por una parte, a la identidad entre las instituciones locales y las Comunidades Autónomas que se deriva de su configuración como instancias de articulación territorial. Una configuración en la que se concreta la opción del constituyente por un modelo de estado social y democrático de derecho que sanciona el pluralismo político como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico (art. 1,1 CE) y por un modelo de estado descentralizado, desde el punto de vista político y administrativo, en el marco de la «indisoluble unidad de la nación española» (art. 2 CE).

El Tribunal ha analizado al mismo tiempo, como no podía ser de otro modo, la posición constitucional de las instituciones locales desde aquellos prismas y aproximaciones que han atendido a precisar las sustanciales diferencias que la Constitución sanciona en cuanto se refiere a la posición constitucional que corresponde a las instancias locales y a las Comunidades Autónomas, a través de las cuales se insti-

(2) Ver por todos, entre la extensa bibliografía existente, PAREJO, L. *Garantía institucional y autonomías locales*. Madrid, 1981 y *Derecho básico de la administración local*. Barcelona, 1989; MORELL, L. *El régimen local español*. Madrid, 1988, y «La autonomía local: cualidad de una colectividad o de una institución», en *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1997; SÁNCHEZ MORÓN, M. *La autonomía local. Antecedentes históricos y significado constitucional*. Madrid, 1990; FANLO, A. *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*, cit.; GARCÍA MORILLO, J. *La configuración constitucional de la autonomía local*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 1998; GÓMEZ FERRER, R. (coord.) *La provincia en el sistema constitucional*. Madrid, 1996; ESTEVE, J. *Organización supramunicipal y sistema de articulación entre administración autonómica y orden local*. Madrid, 1991; y CUCHILLO, M. «La autonomía local en el vigésimo aniversario de la Constitución española de 1978». *RDE* núm. 5, 1998, y «Le droit espagnol», en TROPER, M. (ed) *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*. París, 2000.

tucionaliza «el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones» que integran la nación española» (art. 2 CE).

El Tribunal Constitucional ha construido la autonomía local y la posición constitucional de las instituciones locales, básicamente y como es bien conocido, a partir de cinco ideas o nociones: 1) la idea de poder limitado al círculo de intereses de la colectividad asentada en un territorio determinado; 2) la idea de capacidad de opción y decisión en relación a ese círculo de intereses; 3) la idea de participación ciudadana en el gobierno y administración de sus intereses propios y específicos; 4) la idea de preservación de la institución en los términos comúnmente percibidos por la colectividad; y 5) la idea de diferenciación entre autonomía política y administrativa y la restricción de la primera a las instancias dotadas de potestades legislativas en sentido estricto.

A) Los entes locales como piezas de la organización territorial del Estado

La percepción de la autonomía como poder limitado al círculo de intereses de la colectividad asentada en un territorio determina que la incorporación del pluralismo político, subyacente en la idea de autonomía, no excluya la subordinación de las instituciones dotadas de autonomía a la unidad de la Nación y el reconocimiento de la supremacía que corresponde a las instancias estatales. En tal sentido, la STC 4/1981 afirmaba: «Ante todo resulta claro que la autonomía hace referencia a un poder limitado, en efecto, autonomía no es soberanía –y aún ese poder tiene sus límites-, y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte de un todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad...».

La percepción de la autonomía como poder limitado a un círculo de intereses está íntimamente vinculada a su percepción como derecho de la colectividad a participar, a través de una instancia propia y legitimada democráticamente, en el gobierno y administración de «cuantos asuntos le atañen» (STC 32/1981). Ambas coinciden y están estrechamente ligadas con la percepción de la autonomía como capacidad de opción y decisión ceñida, eso sí, al círculo de intereses de la colectividad respectiva, y comportan y exigen la dotación de las competencias necesarias para la cobertura de dichos intereses. Ello requiere «la concreción de ese círculo de intereses en relación a cada materia» (STC 4/1981), la dotación de «todas las competencias propias y exclusivas que sean necesari-

rias para satisfacer el interés respectivo» (STC 4/1981) (3) y la asignación, con ello, de un espacio de opción y decisión libre, pues en un sistema de pluralismo político pueden plantearse legítimamente distintas opciones políticas, y «... la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo» (STC 4/1981).

b) Los signos distintivos de la posición constitucional de los entes locales: la garantía institucional de la autonomía local

El Tribunal Constitucional señala, al mismo tiempo, la existencia de diferencias sustanciales entre la autonomía reconocida a las comunidades autónomas y a las instituciones locales, derivado de su circunscripción al círculo de intereses de la colectividad respectiva.

Así, mientras la Constitución delimita las materias en las que prevalecen los intereses estatales (art. 149,1 CE) y aquellas en las que pueden prevalecer los intereses de las comunidades autónomas (art. 148 CE), no realiza una delimitación mínima del círculo competencial imprescindible en el que deben prevalecer los intereses propios de los entes locales, sino que se limita a proteger los intereses de las colectividades locales con «una garantía institucional» (4). Una «garantía» en virtud de la cual la Constitución asegura la preservación de las instituciones locales en los términos percibidos por la colectividad, impide cualquier «ruptura clara y neta de la imagen comúnmente aceptada de la institución» (STC 32/1981) y prohíbe las limitaciones que «las privan prácticamente de sus posibilidades de existencia real para convertirse en un simple nombre» (STC 32/1981).

La percepción de la autonomía local que de ello se sigue no comporta el desconocimiento de aquellas facetas que reflejan la configuración de los entes locales como instituciones con capacidad de opción y

(3) Vide la articulación de la idea que la autonomía debe plasmarse en la atribución de competencias exclusivas y decisorias en SALAS, J. El tema de las competencias. Instrumentación de las relaciones entre la Administración local y la del Estado», en S. MARTÍN-RETORTILLO et al. *Descentralización administrativa y centralización política*, cit.

(4) Ver la formulación de esta noción en PAREJO, L. *La garantía institucional...*, cit. y con posiciones algo distintas sobre el significado de esta institución en Alemania, donde se formula, ESTEVE, J. *Organización supramunicipal en la República Federal Alemana*. Civitas. Madrid, 1989 y «Garantía institucional y/o función constitucional en las bases del régimen local», REDA núm. 34, 1988; y SPANNOWSKY, M. «Le droit allemand», en ROPER, M. (dir) *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*. Economica. Paris, 2000.

decisión. En consecuencia, la prevalencia de los intereses estatales y autonómicos no permite que la posición de superioridad del Estado y de las Comunidades Autónomas se plasme en controles de oportunidad de las decisiones locales orientadas a la gestión de los intereses respectivos (STC 4/1981).

Por otra parte, la capacidad de opción y decisión exige, a su vez, la asignación de un espacio propio a las instituciones locales y la dotación de las competencias necesarias para la cobertura de los intereses de su colectividad. Ello implica la «concreción de ese círculo de intereses en relación a cada materia» (STC 4/1981), la dotación de «todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo» (STC 4/1981) (5) y la asignación, con ello, de un espacio propio de decisión libre para «expresar y manifestar las preferencias y la capacidad de elección de la colectividad local» (STC 32/1981). Aunque, puesto que definir el interés prevalente en relación a un sector material «no siempre es fácil», en ocasiones sólo podrá llegarse «a distribuir la competencia sobre una materia en función del interés predominante, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia exclusiva en el orden decisorio» (STC 4/1981) (6).

La capacidad de opción y decisión que la autonomía conlleva, en íntima conexión con su traducción como derecho de la colectividad a participar, supone que «los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible» (STC 32/1981). Entre esos poderes de las entidades locales destaca la potestad reglamentaria «inherente... a la autonomía que la Constitución garantiza en su artículo 140» (STC 214/1989), que se acompaña de los poderes de autoorganización, tributarios y financieros y programación y planificación. La actuación de ese conjunto de poderes se concreta en el ejercicio de sus competencias y en el reconocimiento de una competencia general, inherente o implícita, para actuar en beneficio de la colectividad local (STC 214/1989, 233/1998, 132/2001).

(5) Vide la articulación de la idea que la autonomía debe plasmarse en la atribución de competencias exclusivas y decisorias en SALAS, J. «El tema de las competencias. Instrumentación de las relaciones entre la Administración local y la del Estado», en S. MARTÍN-RETORTILLO *et al.* *Descentralización administrativa y centralización política*, *cit.*

(6) Sobre la posible vehiculación de la autonomía a través de las competencias compartidas y la participación procedimental, ver también SALAS, J. «El tema de las competencias...», *cit.*

La percepción de la autonomía local como derecho a la preservación de la institución en los términos percibidos por la colectividad no se limita a reservar a la ley la determinación del contenido competencial de las entidades locales «... pues es precisamente la necesidad de preservar la autonomía frente al legislador, estatal y/o autonómico, lo que da su razón de ser a dicha garantía constitucional» (STC 32/1981).

La concreción de la autonomía local como derecho a la preservación de la institución protege un núcleo de libre disposición y opera de forma similar a la protección constitucional del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales (7), impidiendo que su desarrollo legislativo «desfigure y difumine los límites del derecho hasta hacerlo irreconocible» (STC 11/1981). La actuación de la declaración de la autonomía local en tal sentido se ha reforzado con el establecimiento, como sucede con los derechos y libertades fundamentales y en virtud de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de la posibilidad de protección de la autonomía local ante ese órgano constitucional (8).

En el análisis de la posición respectivamente asignada a las comunidades autónomas y a las instituciones locales, el Tribunal Constitucional ha señalado, desde sus decisiones iniciales, y contradiciendo en buena medida cuanto se desprende de las aproximaciones hasta aquí reseñadas, la existencia de una diferencia fundamental entre la posición constitucional que corresponde a unas y otras. Una diferencia en virtud de la cual cabe sostener, respecto de las instituciones locales, «su carácter de Administraciones Públicas» (SCT 4/1981). En atención a esa consideración acerca de su configuración, el Tribunal califica la autonomía asignada a las instituciones como «administrativa» y afirma que: «... la Constitución prefigura una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son el Estado, titular de la soberanía, las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su autonomía política y las provincias y municipios dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito» (STC 32/1981).

(7) Ver, en tal sentido, PAREJO, L. *La potestad normativa local*. Madrid, 1998.

(8) Ver, por todos, sobre la acción para la protección de la autonomía constitucional y las dificultades que plantea su ejercicio, FONT, T. «El recurso de protección constitucional de la autonomía local»; PAREJO, L. «La protección jurídica de la autonomía local en el derecho español», en *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*, cit.; y FERNÁNDEZ FARRERES, G. «El conflicto de defensa de la autonomía local: justificación, configuración jurídica y funcionalidad» en FONT, T. (director). *Anuario del Gobierno Local 2001*. Madrid-Barcelona, 2002.

2. La caracterización de los entes locales como administraciones públicas y de su autonomía como «administrativa» y su incompatibilidad con el orden constitucional

La concepción de las instituciones locales como administraciones públicas y la definición de la autonomía local como autonomía administrativa es inconsistente, en mi opinión, con la configuración constitucional de las instancias locales como piezas de la organización territorial del estado, dotadas de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Como lo es también, al mismo tiempo, con la configuración constitucional de las Administraciones públicas como organizaciones burocráticas, que bajo la dirección del ejecutivo respectivo (art. 97 CE), asumen una función servicial y objetiva, con pleno sometimiento a la ley y al derecho (art. 103,1 CE).

Es imposible negar que la Constitución de 1978, como lo hicieron los proyectos de Constitución, utiliza la expresión «Administración Local» como encabezamiento del Capítulo Segundo del Título VIII, relativo a la organización territorial del Estado. La utilización de esa expresión por el constituyente y la posterior concepción de las entidades locales como instituciones de carácter administrativo y de la autonomía local como autonomía de distinto signo a la reconocida a las Comunidades Autónomas, cualificada como «administrativa» por el Tribunal Constitucional y así considerada por la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, no puede sino entenderse, en mi opinión, como resultado de una percepción desenfocada del sistema jurídico-político establecido por la Constitución. Una percepción en frontal contradicción con los trazos esenciales del estado social y democrático de derecho, en el que no hay resquicio alguno para el reconocimiento de «autonomía» para las Administraciones Públicas, sea cual sea su «ámbito».

Los entes locales no pueden asimilarse a meras o simples Administraciones Públicas, como lo hace la tradición centralista y autoritaria tan arraigada en nuestro país y que encuentra en el sistema franquista una manifestación que desvirtúa hasta extremos de parodia la tradición del «pouvoir municipal» en la que, en cierta medida, encuentra sus orígenes (9). Los entes locales tampoco pueden conce-

(9) Ver, por todos, S. MARTÍN-RETORTILLO *et al.* *Descentralización administrativa y centralización política*, cit., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Revolución francesa y administración contemporánea*, Taurus. 2ª ed. Madrid, 1981, FANLO, A. *Fundamentos constitucionales de la autonomía local*. CEC, Madrid, 1990.

birse, en mi opinión, como «espacios formalmente administrativos de libertad y decisión y de creatividad y opción» (10), en una lectura del texto constitucional que pretende construir la noción de autogobierno local sin romper decididamente con el sistema jurídico-político anterior. Esto es, intentando compatibilizar la idea de gobierno local con la caracterización de los entes locales como administraciones públicas y equiparando la gestión gubernamental con la gestión administrativa (11).

A) La distinción entre autonomía política y administrativa y la caracterización de las entidades locales como administraciones públicas

Los municipios y provincias disponen, sin duda, de un aparato administrativo que, bajo la dirección de los órganos de gobierno respectivos, sirve con objetividad los intereses generales de la colectividad local (arts. 140 y 141 CE). En términos perfectamente comparables a los predicables respecto de los aparatos burocráticos adscritos al Estado y a las Comunidades Autónomas (12). Pero las instituciones locales no son, ni tienen carácter de administraciones públicas, ni de espacios administrativos de libertad, decisión, creatividad y opción, sino de instancias estructuradoras de la comunidad política nacional, en la que reside la soberanía y, por consiguiente, expresión también de

(10) PAREJO, L. *La potestad normativa local*, cit., p. 16.

(11) Ver las formulaciones de esta posición, muy valiosa en los intentos de consolidación de la autonomía local, en los diversos trabajos del profesor Parejo citados en notas anteriores y, en particular, *La potestad normativa local*, cit., y en GARCIA MORILLO, *La garantía institucional de la autonomía local*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 1998. En una línea similar, que sin romper totalmente con la idea de las instituciones locales como administraciones públicas, asigna mucho mayor relieve a su condición de instancias de gobierno, ver ORTEGA, L. «La Carta Europea de la autonomía local y el ordenamiento local español», REALA, núm. 259 y «La potestad normativa local» en FONT, T. *Anuario del Gobierno Local. 2001*. IDP. Barcelona-Madrid, 2001 y FONT, T. «La autonomía local en España a los veinte años de la Constitución: perspectivas de cambio», en FONT, T. *Anuario del Gobierno Local. 1998*. IDP. Barcelona-Madrid, 1999.

(12) Aunque a diferencia de lo que sucede con los ejecutivos estatal y autonómicos, la personalidad jurídica corresponde a los municipios y provincias, en lugar de reconcerse a las estructuras administrativas respectivas. El dato de la personificación es, sin embargo, puramente instrumental, como ha reconocido la doctrina mayoritaria a raíz del debate sobre la personificación del estado que se desarrolló tras la promulgación de la Constitución y la aplicación instrumental del derecho administrativo a los órganos constitucionales.

esa soberanía (art. 1,2 CE). En atención, justamente, al carácter plural y diversificado de dicha comunidad (13).

La pluralidad y diversidad de la comunidad nacional se manifiesta y articula, entre otros extremos, a través de los diversos grupos en que los individuos que la componen se integran (art. 9,2 CE). Algunos de esos grupos, de base territorial, son institucionalizados por la Constitución y articulados como piezas clave de organización, estructuración y articulación de la comunidad política (14). Entre los grupos conformados sobre una base territorial institucionalizados por la norma fundamental como instancias no tan sólo esenciales, sino obligatorias, de integración colectiva, figuran como es bien conocido las municipalidades y provincias (15). Otros grupos, como es el caso de las Comunidades Autónomas, son institucionalizados por la norma fundamental tan sólo en aquellos supuestos en que la propia colectividad así lo decida y opte, en ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución le reconoce, por constituirse en instancia de integración, de base territorial, de la comunidad política (16).

La autonomía reconocida a las nacionalidades y regiones es incuestionablemente, como sostiene el Tribunal Constitucional, de «signo distinto» a la autonomía reconocida a las instituciones locales. Pero esa diferencia no reside en su carácter «político», por oposición a la autonomía de carácter «administrativo» propia de los entes locales. Sino que la diferencia fundamental reside en el hecho de que la

(13) En este sentido, ver ORTEGA, L. «La potestad normativa local» en FONT, T. *Anuario del Gobierno Local*. 2001, cit., pp. 41 y 45.

Ver la formulación inicial del gobierno local en términos semejantes, a mediados del siglo XIX, sobre todo en MILL, J. S. *On Liberty*. 9ª ed. a cargo de H. B. Acton. Dents & sons. Londres, 1980 y *Considerations on Representative Government*, ed. a cargo de H. B. Acton. Dents & sons. Londres, 1980 y, en castellano, la exposición de la evolución de la articulación de las instancias locales como instancias de autogobierno local, en el ordenamiento británico, en CUCHILLO, M. *La reforma del regimen local en Inglaterra y Gales*. IEAL. Madrid, 1987

(14) Ver por todos al respecto, en el contexto actual, BECK, U. GIDDENS, A. LASH, S. *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*. Alianza. Madrid, 1994, MACPHERSON, C. B. P. *The Real World of Democracy*. OUP. Oxford, 1975 HABERMAS, J. *La constelación posnacional*. Paidós. Barcelona, 2000.

(15) Aunque ese carácter obligatorio cede, como es bien sabido, respecto de las instituciones provinciales en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

(16) Ver una primera aproximación a la diversa configuración de la autonomía local y autonómica en atención a estos datos, en el original sistema de estructuración del Estado sancionado por la Constitución de 1978, en CUCHILLO, M. «The autonomous communities as the Spanish meso» en SHARPE, L.J. (ed) *The rise of meso government in Europe*. Sage. London, 1993.

autonomía de las Comunidades Autónomas es de carácter dispositivo, se institucionaliza únicamente en el supuesto de que la colectividad respectiva así lo decida (arts. 144 y ss. CE) y se concreta en un reparto competencial, también dispositivo por parte de la colectividad autonómica, que la Constitución se limita a establecer y a proteger (arts. 148 y 149 CE) y que implica el reconocimiento de potestades legislativas en sentido estricto.

El carácter esencial del dato de la disponibilidad se hace patente en los recientes procesos de reconocimiento del derecho a la autonomía de colectividades diferenciadas, en el seno de la comunidad política, en atención a características comunes históricas, culturales, económicas, etc., que se han desarrollado recientemente, y se están desarrollando hoy, en países de nuestro entorno cultural, como es el caso de Gran Bretaña, en relación al Reino de Escocia y al País de Gales y de Francia, en relación a Córcega y en las reformas que se realizan, al mismo tiempo, en el ámbito local.

En efecto, en dichos países y en ausencia de previsión constitucional expresa sobre el carácter dispositivo del derecho a la autonomía de tales colectividades, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, la nota de la voluntariedad y disponibilidad se plasma en la previa exigencia de respaldo y aceptación del proceso descentralizador autonómico o de devolución en cuestión, por parte de la colectividad respectiva, por la vía del «referéndum» (17). La aceptación y participación directa de la colectividad afectada, vía referéndum, no se exige en cambio, como es bien conocido, ni en dichos países, ni en nuestro sistema jurídico-político, en cuanto se refiere a las instituciones locales (18).

(17) Ver en castellano, sobre el proceso británico, CUCHILLO, M. *Las instituciones de autogobierno en Escocia. Caracteres de un sistema asimétrico*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 2000 y la prensa diaria, en relación al «referéndum» corso, en particular *Le Monde* y *Le Monde Diplomatique*, mayo, junio y julio, 2003.

(18) Sobre proceso de reforma del sistema de gobierno local que se plasmó, en Gran Bretaña, en una radical reestructuración de las instituciones locales en los años 70 y sobre su profunda modificación a raíz de la división del Reino de Inglaterra en regiones, ver CUCHILLO, M. *La reforma del régimen local en Inglaterra y Gales*, cit. y SPENCER K. «English Regions: the Objectives of Functional Reform of English Local Government» en Bonser, Ch. & Audretsch (ed). *Globalization and Regionalization: Challenges for Public Policy*. Kluwer. Amsterdam and Boston, 2001. Sobre las sucesivas reformas del sistema local francés, en particular tras el acceso a la presidencia de Mitterrand, ver por todos MÉNY, Y. «La décentralisation administrative en France» en WRIGHT, V. & MÉNY, Y. *La riforma amministrativa in Europa*. Bologna, 1994 y MARCOU, G. *La regionalización y sus consecuencias sobre la autonomía local*. MAP. Madrid, 2000.

B) Las entidades locales como instancias de autogobierno y la necesaria distinción entre funciones de gobierno y de administración

La definición de la autonomía reconocida a las instituciones locales como autonomía «administrativa» y la afirmación de su carácter de «administraciones públicas» no tan sólo desconoce la configuración constitucional de las instituciones locales como instancias de integración y vertebración de la comunidad política, sino la configuración de las administraciones públicas como estructuras objetivas y serviciales a los intereses generales. Una contradicción que no es sino reflejo, en particular en el caso de las construcciones doctrinales y jurisprudenciales favorables a la autonomía local, del peso de la tradición centralista y autoritaria y de la concepción de los entes locales y de las administraciones públicas que dicha tradición consolida.

Las diferentes aproximaciones o percepciones de la autonomía local coinciden en sostener que las entidades locales disponen de libertad de opción y decisión en relación a un círculo de intereses, en atención justamente a su legitimidad democrática. La caracterización de las entidades locales como administraciones públicas, incluso en algunas elaboraciones doctrinales que destacan su condición democrática y se refieren en ocasiones a las mismas como instancias de autogobierno, es incompatible, en mi opinión, con la configuración constitucional de dichas instituciones, como lo es también con la configuración constitucional de las administraciones públicas (arts. 103 y ss. CE). Pues, como es bien conocido, las administraciones públicas en ningún caso disponen de libertad de opción y decisión en relación a un círculo de intereses, en atención a su legitimidad democrática, que es lo propio y específico de las instituciones democráticas y representativas, dotadas por tal motivo de autonomía para la gestión de ese círculo de intereses.

Las administraciones públicas disponen tan sólo, en su actuación servicial y objetiva, de potestades administrativas que en ningún caso conllevan esa capacidad de opción y decisión. Ciertamente es que las potestades administrativas, cuando su ejercicio viene disciplinado por conceptos jurídicos indeterminados, reciben la denominación de potestades discrecionales. Pero la terminología, como sucede con la denominación de las instituciones locales como «Administraciones Locales» en la Constitución, no puede confundirnos, dado que la discrecionalidad en ningún caso implica autonomía. La discrecionalidad comporta únicamente, como es también bien conocido y ha sido expuesto con precisión por la doctrina mayoritaria, capacidad de interpretación, apreciación, evaluación y valoración motivada, con

sometimiento pleno a la ley y al derecho, en la ejecución, con estricta adecuación a las instrucciones del organismo directivo correspondiente, de las opciones efectuadas por instancias legitimadas democráticamente (19).

La definición de las entidades locales como administraciones públicas, en atención, sobre todo, al hecho de que la capacidad de opción y decisión que las caracteriza dada su legitimación democrática, debe plasmarse necesariamente en normas infralegales, es expresiva de una concepción de las funciones de gobierno y de las funciones de administración tributaria de las construcciones doctrinales del sistema jurídico-político del franquismo. Construcciones doctrinales, en particular las elaboradas por la denominada generación de la Revista de Administración Pública (20), que en un momento histórico caracterizado por la ausencia de legitimación democrática del poder político y administrativo, atienden a vertebrar un entramado jurídico destinado a paliar, en sus aspectos más flagrantes, la debilidad intrínseca del sistema (21). A partir, notoriamente, de la configuración de la administración pública como persona jurídica, de la práctica total asimilación o identificación del ejecutivo y del aparato administrativo a su servicio, de la configuración de la potestad reglamentaria como potestad administrativa y de la sujeción, por esta vía, de la actuación gubernamental y administrativa, genéricamente calificada como administrativa, a la ley y al derecho y al control jurisdiccional contencioso-administrativo, con la exclusión, tan sólo, de la estrecha categoría de los llamados actos políticos (22).

(19) Sobre el concepto de discrecionalidad administrativa y su estricta sujeción al ordenamiento, incluso en los supuestos de la denominada «discrecionalidad técnica», ver por todos entre la amplia y excelente bibliografía, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol I. Civitas. Madrid, 2002, BELTRÁN DE FELIPE, M. *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Tecnos. Madrid, 1996 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Civitas. 3.ª ed. Madrid, 1998 y NIETO, A. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *El derecho del revés*. Civitas. Madrid, 1999

(20) Sobre dicha generación, ver SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. CEURA. Madrid, 1989.

(21) Sobre el sistema político y administrativo en el franquismo, ver por todos, NIETO, A. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*. IAP. Madrid, 1976, ÁLVAREZ ÁLVAREZ. *Burocracia y poder político en el régimen franquista*. Alcalá de Henares, 1984 y TUSELL, J. *La España de Franco*. Madrid, 1989

(22) Sobre la articulación de las instituciones jurídico administrativas y del derecho administrativo por la generación de la revista de administración pública, su actuación orientada a paliar la ausencia de legitimación del sistema franquista, trata el capítulo IV de mi proyecto docente, cátedra de derecho administrativo, pendiente de publicación.

La equiparación o asimilación del ejecutivo y de la estructura administrativa a su servicio, y la difuminación de las diferencias entre las funciones de gobierno y de administración que se deriva de dichas elaboraciones doctrinales, cuya virtualidad en el sistema franquista a los efectos de juridificación del poder político y administrativo es indudable, sigue influenciando hoy la percepción y concepción de nuestras instituciones de gobierno y administración (23). Lo cual no excluye, como es obvio, su progresiva superación, expresivamente plasmada en la promulgación de la LOGE y de la LOFAGE en 1997 y en numerosas elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales que destacan la diversidad de la posición y configuración constitucional de las instituciones gubernamentales (art. 97 CE) y administrativas (art. 103 CE).

La impronta de esas elaboraciones doctrinales se manifiesta todavía, de forma patente, en la aproximación a la configuración constitucional del gobierno y de la administración local. No parece que otro sentido pueda tener, en el contexto de decidida defensa de la autonomía local, la argumentación del profesor Parejo sosteniendo que «...aun desplegando la autonomía una misma función básica en la articulación territorial del poder, se utiliza constitucionalmente con distinto alcance para unos y otros de los poderes-ordenamientos territoriales autónomos: en el caso de la comunidades autónomas, para hacer de ellas comunidades políticas plenas (dotadas de potestad legislativa en el marco del bloque de la constitucionalidad, es decir, del poder de autodisposición más alto entre los constituidos); en el de las entidades locales, para hacer de su autogobierno, un tipo democrático de organización y actuación *del poder público administrativo*» (la cursiva es mía). Para seguir, más adelante, afirmando que «...el Gobierno local, aunque limitado a la gestión infralegal, es decir *«administrativa»* de los asuntos públicos, cuenta con legitimidad democrática propia» (la cursiva es mía, el entrecomillado es del autor (24). «Su regulación constitucional es ciertamente enteca, pero suficientemente expresiva del modelo de Gobierno local que asume: *Gobierno de alcance administrativo*» (la cursiva es mía) (25).

La concepción y definición del autogobierno local como poder público administrativo y de la gestión infralegal de los asuntos públi-

(23) Sobre el peso de las construcciones doctrinales y de los hábitos y comportamientos inerciales de las estructuras burocráticas, determinantes de que las transformaciones del estado tarden años en calar en la realidad administrativa y hacerse eficaces, ver Santamaría PASTOR, J. A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, pp. 119 y ss.

(24) PAREJO, L. *La potestad normativa...*, p. 38).

(25) *Ibid.*, p. 41.

cos como gestión administrativa carece hoy de sentido y utilidad. Dicha concepción, dificulta además, en mi opinión, la correcta inteligencia de su configuración constitucional como instancias de gobierno, que disponen para ello de una estructura administrativa articulada y presidida por las pautas y principios definidos por la Constitución (arts. 103 y ss. CE) (26). Así como su funcionamiento y actuación de acuerdo con la condición de piezas nucleares del sistema jurídico-político y de articulación de la colectividad respectiva que dicha configuración conlleva.

3. *La configuración constitucional del autogobierno local y la fundamentación del carácter «bifronte» del régimen local*

La configuración constitucional de las entidades locales como instituciones de autogobierno de la localidad respectiva, desautoriza su concepción como Administraciones públicas. Pues a pesar de la prevalencia de dicha concepción y de su frecuente plasmación en la legislación positiva, el constituyente expresó inequívocamente, no obstante de la inadecuada expresión utilizada en el encabezamiento del Capítulo II del Título VIII de la Constitución, su condición de elementos esenciales de integración y vertebración de la comunidad política.

Así lo reconoce, en buena medida, el legislador al sancionar la Ley 11/1999, para el desarrollo del «Gobierno local» y lo reconoce también el ejecutivo, en el proyecto de Ley para la modernización del «Gobierno local». Así parece entenderlo también, a pesar de los pronunciamientos comentados en el apartado anterior, el Tribunal Constitucional, en particular, al analizar el juego de la reserva de ley en relación a la potestad reglamentaria local, en términos que se comentan en las páginas que siguen. En el bien entendido que dicho reconocimiento no se ha llevado todavía a sus últimas consecuencias. Puesto que, como es bien sabido, por una parte, la Ley 11/1999 y el proyecto de ley, hoy en tramitación, continúan fundamentando la competencia del legislador estatal en materia de régimen local en el artículo 149.1.18 de

(26) Ver por todos sobre las notas configuradoras de las administraciones públicas en el orden constitucional, entre la amplia y excelente bibliografía existente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, cit., PAREJO, L. *Estado social y Administración Pública*, cit., MALARET, E. «El derecho de la administración pública: derecho público y derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales», en *Derecho público y derecho privado en la actuación de la Administración pública*. IEA-Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 1999.

la Constitución, relativo a «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas». Y, por otra parte, el Tribunal Constitucional ha respaldado la residenciación de la competencia del legislador estatal en dicho precepto constitucional, la caracterización de los entes locales como administraciones públicas y de su autonomía como administrativa (STC 32/1981 y 214/1989).

La fundamentación del carácter bifronte del régimen local y de la competencia del legislativo estatal para dictar las bases relativas a la organización y la definición régimen jurídico de las entidades locales en el artículo 149.1.18 de la Constitución no es de recibo, en mi opinión, por los motivos hasta aquí expuestos (27). Pues como es sobradamente conocido dicho artículo se refiere a las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y la lógica y encuadre sistemático de este precepto en la norma fundamental pone de relieve, en mi opinión, que el constituyente tenía in mente la definición del régimen jurídico administrativo propio de las administraciones públicas como organizaciones sustantivadas adscritas a los poderes ejecutivos, en las diversas manifestaciones que el carácter compuesto del estado español conlleva.

Ello no implica, sin embargo, que el legislador estatal no pueda tener encomendada la definición de las bases del régimen jurídico de las instituciones locales. Pues en atención, precisamente, a su condición de piezas esenciales y necesarias de la organización territorial del Estado (art. 137 CE), son instituciones básicas del estado español, como sostuvo el legislador al promulgar la Ley de Bases del Régimen Local de 1985 (art. 1,1 LBR).

En atención a tales consideraciones y, partiendo de la articulación sistemática del texto constitucional y del papel nuclear de integra-

(27) El denominado carácter «bifronte» del régimen local fue discutido por la Generalitat de Catalunya con poco éxito en el recurso interpuesto por el gobierno central contra la legislación catalana relativa a las diputaciones provinciales y en el recurso contra la LBRL. Ver asimismo la discusión de esa concepción en ARGULLOL, E. «Las opciones de la organización territorial de Catalunya», *REVL*, núm. 43, 1983. Tras las decisiones adoptadas en STC 32/1981 relativa a las diputaciones provinciales en Catalunya y 214/1989, relativa a la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, prácticamente ya no ha sido objeto de atención por la doctrina.

En diversos trabajos he apuntado que la aceptación de la condición bifronte de las instituciones locales no se compadece con una interpretación sistemática del texto constitucional. Ver por todos, CUCHILLO, M. «La autonomía municipal en el vigésimo aniversario de la Constitución española de 1978», *RDE*, 1988, «La autonomía municipal y la intervención en la economía», *Diritto Pubblico*, núm. 3, 1998 y «Le droit espagnol» en TROPER, M. (dir.) *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*.

ción de la comunidad política asignado a las instituciones locales, entiendo que la intervención estatal no puede fundamentarse en preceptos que no contemplan las competencias exclusivas del estado, como es el caso del artículo 148,2 CE. Ni en las referencias contenidas en el artículo 142, al mencionar que las haciendas locales se nutrirán, entre otros, de su participación en los tributos «del Estado y de las Comunidades Autónomas». La intervención del legislador estatal debe fundamentarse, en mi opinión, en el artículo 149,1,1, relativo a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Pues las entidades locales institucionalizan, de forma necesaria y obligatoria, por mandato constitucional, el derecho de los individuos y de los grupos en los cuales éstos se integran, a participar en la vida política, económica, cultural y social y constituyen piezas esenciales de dicha participación y de integración de la comunidad política, en la cual reside la soberanía (arts. 1,2, 9,2 y 23,1 CE).

La interpretación del texto constitucional en tal sentido concuerda y se compadece con su condición de piezas esenciales de la organización territorial del Estado y con la voluntad, a la que ya he aludido, que en mi opinión tuvo el constituyente de dejar abierta la cuestión de la inserción institucional concreta de las entidades locales. En la medida en que, como ya ha manifestado el Tribunal Constitucional, dicho precepto no se mueve en la lógica de las competencias compartidas y permite que se plasme, en sus diversas manifestaciones posibles, una opción en virtud de la cual, la autonomía local y su protección, a través del mecanismo de la garantía institucional, está constitucionalmente reconocida y amparada. Y una opción que autoriza, al mismo tiempo y en el marco del modelo dispositivo autonómico y del pluralismo político que informa el sistema jurídico-político, distintas soluciones acerca de la inserción de las instituciones locales en el orden estatal y autonómico.

La residenciación de la competencia estatal en el artículo 149,1,1 de la Constitución se compadece, por una parte, con la condición de elementos esenciales de la organización estatal que el texto constitucional asigna a las instituciones locales y, por otra parte, y en atención a su funcionalidad al margen de la lógica estricta de la distribución competencial entre el estado y las comunidades autónomas, con el modelo dispositivo y abierto que la Constitución sanciona. Un modelo que entiendo permite sostener que el sistema autonómico español responde plenamente a las características de

los denominados sistemas asimétricos (28), que se concretaría, en cuanto se refiere al gobierno local, en la posibilidad de que en las comunidades autónomas, y en virtud de lo que dispongan sus estatutos de autonomía, se contemplen opciones diferentes en relación a la inserción institucional de las entidades locales. Ya sea como instancias esencialmente articuladas con la comunidad autónoma respectiva, lo cual no excluye, por supuesto, su condición de instancias en las que se organiza el territorio del estado español cuya autonomía y posición constitucional debe ser íntegra y estrictamente respetada, por las razones que de forma muy autorizada ha expuesto la doctrina y ha incorporado el Tribunal Constitucional. Ya sea como instancias doblemente articuladas con la comunidad autónoma respectiva y con el estado, como sostiene la legislación local básica actualmente en vigor.

III. EL ALCANCE Y CONTENIDO DE LA POTESTAD NORMATIVA LOCAL: RESERVA DE LEY Y AUTOGOBIERNO LOCAL

1. Potestad normativa, reserva «flexible» y «relativa» de ley, derechos fundamentales y relaciones especiales de sujeción

En la identificación del alcance y contenido de la potestad reglamentaria local es imprescindible partir de la identificación de la potestad reglamentaria como una de las potestades públicas indispensables para la plasmación de la capacidad de opción y decisión que la autonomía comporta y para el ejercicio de las funciones que el orden constitucional asigna a las instituciones de autogobierno de la colectividad local. Extremos éstos, en virtud de los cuales se modula, como ha establecido en gran medida el Tribunal Constitucional y sostiene un amplio sector doctrinal, la actuación de la reserva de ley respecto de la potestad reglamentaria local.

La reserva de ley define la relación ley-reglamento y exige, como es bien conocido, la adopción por el legislador, estatal o autonómico, de

(28) Ver al respecto las consideraciones recogidas en CUCHILLO, M. «The Autonomous Communities as the Spanish Meso», *cit.*, y *Las instituciones de autogobierno en Escocia. Caracteres de un sistema asimétrico*, *cit.*, MALARET, E. «Décentralisation multidimensionnelle en Espagne: Un système à symétrie variable». RISA núm. 64, 1999.

las normas relativas a las materias reservadas (29). Con la finalidad, primordial, de garantizar su regulación por el poder político y preservar, con ello, el pluralismo (STC 37/1981, 83/1984 y 60/1986).

La configuración constitucional de los entes locales como instancias de autogobierno modula el juego de la reserva de ley en la esfera local y, con ello, el alcance y contenido de la potestad normativa local. Pues el reglamento local es resultado y expresión de las decisiones adoptadas por órganos de deliberación democrática y en el ejercicio de la potestad normativa local, propia e inherente a la autonomía (STC 214/1989), se traduce la capacidad de opción y decisión y de articulación de la comunidad política que su condición de instancias de representación democrática conlleva. Tanto en cuanto se refiere a la definición de la organización de sus órganos de gobierno y administración, a través del reglamento orgánico, como en cuanto se refiere a las opciones de configuración de la realidad social, bajo la propia responsabilidad, en las materias de su competencia, autorizada por el poder de autodisposición que el autogobierno implica plasmadas en las ordenanzas locales.

La configuración constitucional de los entes locales y la funcionalidad de la reserva de ley determinan que el Tribunal Constitucional haya construido el concepto de reserva «flexible» o «relativa» de ley, para cualificar su actuación en los supuestos en los que opera respecto de la potestad reglamentaria local. Esa condición «relativa» o «flexible» se deriva de la consideración que «como ocurre con otras reservas de ley presentes en la Constitución, el sentido de la aquí establecida no es otro que el de asegurar que la regulación de determinado ámbito vital de las personas dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes» (STC 60/1986 y 19/1987). Razón por la cual el propio Tribunal ha precisado que la reserva de ley «no puede entenderse desligada de las condiciones propias al sistema de autonomías territoriales que la Constitución consagra (art. 137) y específicamente de la garantía constitucional de la autonomía local (art. 140)» (STC 60/1986 y 233/1999).

La sanción constitucional de la autonomía local modula, por consiguiente, la manifestación de la reserva de ley según la cual el regla-

(29) Dichas materias no se reducen, como en el momento inicial de formulación de esa categoría, a los derechos de libertad y propiedad, sino que se extienden las instituciones esenciales del orden jurídico-político. Ver por todos OTTO, I. *Derecho constitucional...*, cit., NIETO, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos. 3.^a, ed. Madrid, 2002, PAREJO, L. *La potestad normativa...*, cit., ORTEGA, L. «La potestad normativa...», cit.

mento sólo puede desarrollar, especificar y pormenorizar lo previamente establecido por la ley (STC 83/1984, 60/1986 y 233/1999) (30). Ello implica que, como también ha señalado el Tribunal, «el ámbito de colaboración normativa con la ley reservado a los reglamentos locales y, en particular a los municipales, sea más amplio» (STC 132/2001) que el reconocido a los gobiernos estatales y autonómicos en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Puesto que, por una parte, los reglamentos locales son aprobados por órganos de representación democrática directa, en el caso de los municipios y, por otra parte, porque el reconocimiento constitucional de la autonomía local «impide que la ley contenga una regulación agotadora de una materia donde está claramente presente el interés local» (STC 132/2001 y 233/1999).

La configuración constitucional de las entidades locales flexibiliza, por consiguiente, la actuación de la reserva de ley que restringe, por una parte, la intervención normativa reglamentaria a la concreción y desarrollo de las previsiones legales y que impide, por otra, el ejercicio de la potestad reglamentaria respecto de materias no reguladas previamente por el legisladora. Puesto que la configuración de los entes locales como instancias de autogobierno de las colectividades respectivas impide la concepción de la potestad reglamentaria como potestad administrativa, en sentido estricto (31) y exige su articulación como

(30) Ver PAREJO, L. *La potestad normativa local*, cit.; y GARCÍA MORILLO, J. *La configuración constitucional...*, cit.; CUCHILLO, M. «Le droit espagnol», cit.; y «Autonomía local y competencias municipales: la intervención del municipio en la economía» *Diritto Pubblico*, cit., y tras la sentencia 233/1999 y claramente en la línea que aquí se sostiene, ORTEGA, L. «La potestad normativa local» en FONT, T. *Anuario del Gobierno Local*. 2001, cit., y GALÁN, A. *La potestad normativa autónoma local*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2001

(31) Ver, por todos, la concepción de la potestad reglamentaria como potestad administrativa, en otra manifestación de las elaboraciones doctrinales de la generación de la revista de administración pública orientadas a procurar la juridificación del sistema franquista y a paliar con ello, en cierta medida las carencias derivadas de la ausencia de legitimación democrática, en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos», en *RAP*, núm. 27, 1958 y «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», en *RAP*, núm. 30, 1959, ahora recogidos en *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3.^a ed. Madrid, 1998. Ver, por todos, el impacto hoy de dicha concepción en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, cit., PARADA, J. R. *Derecho Administrativo*. Vol. I. MARCIAL PONS. 13.^a ed. Madrid, 2002, SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho Administrativo*. 2 vols. CEURA. 3.^a ed. Madrid, 2002 y PAREJO, L. JIMÉNEZ BLANCO, A. ORTEGA, L. *Manual de Derecho Administrativo*. 2 vols. 5.^a ed. Ariel. Barcelona, 1998.

poder jurídico, a través del cual se plasma y se traduce la capacidad de opción y decisión, es decir, la capacidad de actuación política, que el orden constitucional asigna al gobierno local (32).

En el bien entendido, que dicha flexibilización de la reserva de ley, y de la consiguiente actuación de la potestad reglamentaria local, en ningún caso puede desconocer dos tipos de consideraciones.

Una primera consideración atiende a precisar el alcance de dicha flexibilización de la reserva de ley cuando la actuación de la reserva, por su conexión inmediata con los derechos y libertades fundamentales, pretende no tan sólo asegurar que su regulación corresponde a órganos de representación democrática, sino también y sobre todo a proteger su contenido esencial, constitucionalmente garantizado. La protección y garantía constitucional del contenido esencial de tales derechos y libertades se extiende, sin duda, a las opciones que se plasman en el ejercicio de la potestad reglamentaria local, incluso en el caso de las denominadas relaciones especiales de sujeción (33) y constituye, por consiguiente, un límite indiscutible e insuperable al ejercicio de dicha potestad en la regulación de los numerosos sectores de la acción pública local que generan relaciones de esta índole. Lo cual no implica, por supuesto, que resulten excluidas de raíz las modulaciones de los derechos y libertades en juego que, en ningún caso, sin embargo, pueden desvirtuar, desfigurar y difuminar su contenido hasta hacerlos «irreconocibles» (STC 11/1981).

La segunda consideración atendería a diferenciar el alcance, contenido y ejercicio de la potestad reglamentaria local y a exigir la residencia de su ejercicio en las instancias de deliberación democrática. Con estricta interdicción de la remisión de su ejercicio a los órganos que podrían ser calificados como «ejecutivos» locales, así como de la posibilidad de que la flexibilización de la reserva de ley opere respecto del ejercicio de las potestades normativas que puedan corresponder al alcalde, mediante la promulgación de bandos. Se pretende con ello poner de relieve que la concreción de la capacidad de opción y deci-

(32) Lo cual no significa, en mi opinión, que quepa hoy mantener que la potestad reglamentaria que la Constitución atribuye al gobierno (art. 97 CE) pueda ser considerada como una potestad administrativa en sentido estricto. Sobre el impacto de las previsiones constitucionales en la potestad reglamentaria, ver las colaboraciones pertinentes en este volumen y, por todos, DE OTTO, I. *Derecho constitucional...*, cit., y BAÑO LEÓN, J. *La potestad reglamentaria en la Constitución. Límites y contenido*. Civitas. Madrid, 1995.

(33) Sobre esta discutible categoría de relaciones administrativas, ver por todos, LASAGABASTER, I. *Las relaciones especiales de sujeción*. Civitas. Madrid, 1994.

sión que el autogobierno local conlleva, tanto en cuanto se refiere a la organización de la institución en cuestión, como en cuanto se refiere a la configuración de la realidad social, debe traducirse necesariamente en el reglamento orgánico y en las ordenanzas promulgadas por el pleno del ayuntamiento y de la diputación, como órganos de representación ciudadana. Con la única excepción, de los denominados reglamentos de necesidad y, en su caso, de aquellos aspectos estrictamente organizativos y domésticos, de eficacia básicamente interna que, a pesar de su indudable proyección externa debido a la incuestionable alteridad de las normas organizativas (34), cabe considerar como expresión de una potestad normativa de carácter puramente administrativo y, por consiguiente, vinculada positivamente a la legalidad y ceñida a la concreción, pormenorización y precisión de las opciones que, en relación a la gestión de los asuntos que interesan a la colectividad local, hayan plasmado en normas reglamentarias las instancias locales de representación y deliberación democrática.

La consideración de órganos de deliberación democrática de las instancias locales y la modulación del juego de la reserva de ley que dicha consideración conlleva, en términos similares a los aquí expuestos, ha sido argumentada y expuesta de forma muy convincente por un sector doctrinal autorizado (35) y es, en gran medida, respaldada por el proyecto de ley de «Medidas para la modernización del Gobierno Local». Esa incorporación se manifiesta expresamente en la Exposición de Motivos y, sobre todo, en las determinaciones relativas a la participación ciudadana y al ejercicio de la iniciativa popular para la presentación, entre otros, de proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal y en las determinaciones relativas a la potestad normativa local, en particular en materia sancionadora (36).

(34) Sobre esta condición de las normas organizativas, ver por todos, tempranamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*, cit., SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, cit., y en concreto en el ámbito local, GALÁN, A. *La potestad normativa autónoma local*, cit., y *La carta municipal de Barcelona y el ordenamiento local*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 2001.

(35) Ver, por todos, los autores citados en las notas 2, 11, 29 y 30.

(36) Dicha concepción se plasma también en las previsiones del proyecto de ley relativas al nuevo Título X de la LBRL, régimen de los municipios con población superior a 250.000 habitantes y capitales de provincia con más de 200.000 habitantes, que contemplan la organización y funcionamiento de los órganos locales en términos que refuerzan y resaltan las diferencias entre las funciones deliberativas y ejecutivas asignadas a los instancias de autogobierno local.

Las previsiones del proyecto de ley en tal sentido, que entiendo adecuadas a la configuración de la potestad normativa local que se deriva de la posición constitucional de los entes locales, deberían acompañarse, en mi opinión, de tres precisiones o referencias delimitadoras.

En primer lugar, una referencia a la obligada adecuación de la potestad sancionadora local a los principios constitucionales y legislativos que informan el derecho administrativo sancionador (37). Pues aunque dicha referencia puede entenderse realizada de forma implícita, no estaría de más reseñar su imprescindible sujeción a la misma. En segundo lugar, una referencia a los límites o criterios que necesariamente habrán de ser tenidos en cuenta en los supuestos de ejercicio de la potestad sancionadora local respecto de las denominadas relaciones especiales de sujeción y a la estricta interdicción de residenciar su ejercicio en los «ejecutivos» locales. En particular, habida cuenta que la modulación de los principios y criterios constitucionales, y la subsiguiente restricción de las garantías y del contenido esencial de los derechos sancionados por el artículo 25 de la Constitución, ha sido considerada como aceptables por el Tribunal Constitucional, en el marco de ese tipo de relaciones que pueden extenderse a una gran variedad de «situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos» (STC 132/2001, 2/1987 y 219/1989). Por último, una referencia expresa a la restricción de las potestades normativas que corresponden al alcalde en las grandes ciudades, mediante la promulgación de bandos, instrucciones y circulares (art. 124,1 PL), al ámbito doméstico o interno, en el cual en ningún caso opera la reserva «flexible» o «relativa» de ley, salvadas las peculiaridades de los reglamentos de necesidad. A la cual se añadiría la precisión, implícita en dicha referencia, a que la delegación de las potestades normativas del alcalde concretadas en instrucciones y circulares, en las juntas de gobierno, o en otros órganos ejecutivos que en el futuro puedan establecerse (art. 124,5 PL), se encuentra también íntegramente limitada a dicho ámbito interno.

2. *Potestad normativa local, competencias locales y legislación «material»*

La configuración constitucional de las entidades locales como instancias de autogobierno y la definición de la potestad reglamentaria

(37) Ver por todos, sobre dichos principios y criterios y entre la amplia bibliografía existente, NIETO, A. *Derecho Administrativo Sancionador*, cit.

como potestad inherente e imprescindible para la plasmación de la capacidad de opción y decisión que la autonomía conlleva, determina que la garantía institucional de la autonomía local actúe, en relación a las competencias locales, de modo similar a la distribución constitucional de funciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas (arts. 148 y 149 CE). Puesto que, como ya se ha mencionado, la protección otorgada por la Constitución «desborda con mucho de la simple remisión a la ley ordinaria en orden a la regulación de sus competencias» (STC 32/1981). El legislador puede disminuir o acrecentar sus competencias «pero nunca en daño del principio de autonomía que es uno de los principios estructurales básicos de la Constitución» (STC 32/1981 y 214/1989).

La autonomía local exige una auto-contención, en materia de régimen local, que se deriva del deber constitucionalmente impuesto al legislador de dejarle al municipio y a la provincia un margen de opción y de libre decisión, indispensable para plasmar la diversidad de posiciones jurídicas de los ciudadanos que la condición representativa de las instituciones locales conlleva. Lo cual significa que, de la misma forma que el legislador estatal debe permitir que «la potestad normativa de las Comunidades Autónomas se plasme en opciones diversas en relación al régimen local» (STC 32/1981, 27/1987 y 214/1989), el legislador estatal y autonómico debe permitir que la autonomía local se traduzca en opciones diversas, en relación a los asuntos e intereses propios de la colectividad respectiva, en los distintos municipios y provincias.

La sanción constitucional de la autonomía local modula por consiguiente, en mi opinión, aquella manifestación de la distribución constitucional de funciones y de la reserva de ley que impiden el ejercicio de la potestad reglamentaria respecto de materias no previamente reguladas, como ya se ha mencionado, y respecto de materias no asignadas expresamente como propias y decisorias por el legislador, estatal o autonómico, a los entes locales y, en particular, a los municipios. Es decir, la garantía constitucional de la autonomía local autoriza la actuación de las instituciones locales, en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad (art. 7,2 LBRL), respecto de todas las materias o servicios que, como establece la LBRL, interesen a su colectividad (arts. 25, 26 y 36 LBRL). Salvo prohibición expresa del legislador o atribución, también expresa, del sector material en cuestión, como propio y exclusivo de otra instancia territorial. Pues ese régimen de autonomía es el que mejor responde a la configuración constitucional de las entidades locales como instancias de participación en los asuntos

públicos (art. 137 CE) y al principio de «máxima proximidad de la gestión a los ciudadanos» (arts. 1,1 y 2,1 LBRL) que dicha configuración conlleva.

La interpretación del alcance de la autonomía local y de la potestad normativa local, a través de la cual ésta se manifiesta de forma primordial, puede derivarse, en mi opinión, de la aplicación a las entidades locales, y en particular a las municipales, de los razonamientos del Tribunal Constitucional relativos a las Comunidades Autónomas fundados en su derecho a la autonomía. El Tribunal ha entendido, como es bien conocido, que «la noción de bases o de normas básicas» (STC 40/1981 y 52/1982) es una noción material, en virtud de la cual los principios básicos «pueden deducirse racionalmente del texto constitucional y de la legislación vigente, sin que sea precisa la previa promulgación de la legislación básica estatal para que las Comunidades Autónomas puedan ejercitar sus competencias» (STC 1/1982) (38).

En términos similares cabría sostener que las nociones de «legislación» y de «reserva de ley» son, en el ámbito local, nociones «materiales», como lo es «la noción de bases o de normas básicas» (39). Pues en atención a la consideración que también las instituciones locales tienen reconocido constitucionalmente el derecho a la autonomía, cabe entender que las previsiones de la Constitución y de la legislación estatal y autonómica sobre régimen local fijan el marco que, en ausencia de disposición específica en contrario, podrá ser regulado y concretado por las entidades locales en el ámbito delimitado por su colectividad, mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria.

La noción «material» de legislación y el juego de la reserva de ley como criterio competencial que la garantía institucional de la autonomía local comporta, autoriza, en mi opinión y en atención al principio de autonomía que como tantas veces se ha comentado conlleva la capacidad de opción y decisión sin la cual el pluralismo político no es posible, la actuación de las entidades locales en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad en todas las materias que interesen a la colectividad respectiva. Salvo prohibición expresa, o atribución,

(38) Sobre esta concepción material de bases, ver por todos entre la excelente y amplia bibliografía existente TORNOS MAS, J. «Legislación básica y doctrina del Tribunal Constitucional», *RVAP*, núm. 36, 1993, y «Las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas», *REDA*, núm. 98; JIMÉNEZ ASENSIO, R. *Las competencias autonómicas de ejecución de la legislación del estado*. Madrid, 1993 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Estudios sobre autonomías territoriales*. Madrid, 1985.

(39) Ver OTTO, I. «El problema del concepto de bases a partir de la Ley de Bases del Régimen Local», en *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*. Madrid, 1986.

también expresa, en contrario, a otra instancia territorial. Los sectores materiales concretos de actuación local pueden ser modulados por el legislador, estatal y autonómico, para reflejar las opciones políticas por la cuales éste puede decantarse. Pues «...la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo» (STC 4/1981). Ahora bien, y como tantas veces se ha comentado, el pluralismo juega también en la esfera local y es perfectamente legítimo, aunque debe ser matizado, cuando los intereses de la colectividad local afectan a comunidades asentadas en otros territorios más amplios, ya sea de la comunidad autónoma respectiva, ya del estado.

Entiendo que esta formulación es perfectamente adecuada al ordenamiento jurídico en el contexto de las percepciones que, en los últimos años, se han afianzado en nuestro país y en los países de nuestro entorno cultural, tanto acerca de la diversidad de manifestaciones de la ley, como de la virtualidad de la reserva de ley para remitir la fijación de las opciones más relevantes para la comunidad a los órganos deliberantes de representación democrática (40). Sobre todo, si se tiene en cuenta el impacto de la caracterización de los entes locales como administraciones públicas y de su autonomía como administrativa, a la que tantas veces se ha aludido en estas páginas, en función de las cuales el legislador, estatal y autonómico, no han asumido, en su integridad, las consecuencias jurídicas y políticas de la consagración constitucional de la autonomía local y de la configuración de los entes locales como instancias de autogobierno de la colectividades respectivas.

Dicho impacto se manifiesta de forma palpable, en mi opinión, en la interpretación que el legislador, estatal y autonómico, ha efectuado de las disposiciones de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985. Una interpretación, que ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional, según la cual los entes locales no disponen de una competencia inherente o implícita para desarrollar en régimen de autonomía cuanto interese a la colectividad respectiva, sino tan sólo de una capacidad general para actuar en beneficio de la misma. Razón por la cual su intervención sólo podrá plasmarse en actuaciones en régimen de autonomía, y bajo su responsabilidad (art. 7,2 LBRL), respecto de las materias específicamente atribuidas por la LBRL (art.

(40) Ver por todos OTTO, I. *Derecho constitucional...*, cit., y «El problema del concepto de bases...», cit., PAREJO, L. *La potestad normativa local*, cit., ORTEGA, L. «La potestad normativa...», cit., y GALÁN, A. *La potestad normativa autónoma local*. Atelier. Barcelona, 2001.

25,1 LBRL) y la legislación sectorial correspondiente como competencias propias y decisorias.

Los preceptos relativos a la intervención municipal en determinadas materias (art. 25,2 LBRL), a los servicios obligatorios (art. 26,1 LBRL) y a las competencias provinciales (art. 36 LBRL) han sido interpretados de forma tal, como es bien conocido, que tampoco autorizan la actuación local en régimen de autonomía, salvo atribución competencial expresa en la legislación sectorial. Pues a partir de la consideración que la garantía institucional de la autonomía local no asegura «un ámbito competencial determinado» (STC 32/1981) y que la dificultad de concretar el interés prevalente en relación a un sector material puede determinar que no se les atribuya a las instituciones locales una «competencia exclusiva en el orden decisorio» (STC 4/1981), que autorice la gestión de los intereses respectivos con autonomía, la LBRL ha efectuado una lectura de la autonomía local que, como es sobradamente conocido, entiende que ésta resulta respetada mediante el aseguramiento de la «intervención» o «participación» local, y en particular municipal, en la adopción de las decisiones que afectan a los intereses locales.

La configuración constitucional de los entes locales como instancias de autogobierno y la funcionalidad de la potestad normativa local impone una lectura de la legislación, estatal y autonómica, relativa al régimen local en virtud de la cual el margen de actuación en régimen de autonomía se extiende a todos aquellos espacios o sectores materiales que no están expresamente atribuidos a otra instancia territorial, en atención a la primacía que los intereses de la colectividad asentada en la misma ostentan, respecto de la colectividad local. La lectura en este sentido, que por supuesto exige la consiguiente adaptación de las haciendas locales, implica una configuración de las competencias locales como decisorias, en los términos que Javier Salas expuso en su estudio sobre las competencias. Tanto en los supuestos en que esa capacidad decisoria se extiende a la totalidad del ciclo procedimental y decisorio, como en los supuestos en que la descentralización opera a través de la compartimentalización procedimental, dando lugar a una competencia compartida que no excluye la capacidad de opción y decisión respecto de las fases procedimentales concretas a las que se extiende su actuación. Capacidad que no resulta respetada con previsiones relativas a la simple «participación» o «intervención», no vinculante, que la mayoría de las disposiciones de la legislación sectorial actualmente vigente contemplan (41).

(41) SALAS, J. «El tema de las competencias...», *cit.*