

THOMSON REUTERS

LA LEY

# TRATADO DEL RÉGIMEN MUNICIPAL PERUANO Y DE DERECHO COMPARADO

**Germán Cisneros Farías • Orlando Vignolo Cueva**  
(Coordinadores)

Roberto Baca Merino • Allan R. Brewer-Carías • Baudelio Castillo Flores • Germán Cisneros Farías • Jesús del Olmo Alonso • Rosa María Díaz López • José Esteve Pardo • Myrna Elia García Barrera • Talía Garza Hernández • Víctor Rafael Hernández-Mendible • Javier Junceda • Daniel H. Lago • Marta Llorens Ferrer • Mirko Maldonado-Meléndez • Henry Alexander Mejía • Julián Andrés Pimiento Echeverri • Gustavo Quintero Navas • Luis Gerardo Rodríguez Lozano • Juan Ángel Salinas Garza • José Luis Sardón • Leopoldo Tolivar Alas • Joan Manuel Trayter • Orlando Vignolo Cueva



THOMSON REUTERS

*Tratado del régimen municipal  
peruano y de derecho comparado*



Germán Cisneros Farías • Orlando Vignolo Cueva  
(Coordinadores)

# TRATADO DEL RÉGIMEN MUNICIPAL PERUANO Y DE DERECHO COMPARADO

---

Consideraciones teóricas y comentarios a la jurisprudencia

Roberto Baca Merino  
Allan R. Brewer-Carías  
Baudelio Castillo Flores  
Germán Cisneros Farías  
Jesús del Olmo Alonso  
Rosa María Díaz López  
José Esteve Pardo  
Myrna Elia García Barrera  
Talia Garza Hernández  
Víctor Rafael Hernández-Mendible  
Javier Junceda  
Daniel H. Lago  
Marta Llorens Ferrer  
Mirko Maldonado-Meléndez  
Henry Alexander Mejía  
Julián Andrés Pimiento Echeverri  
Gustavo Quintero Navas  
Luis Gerardo Rodríguez Lozano  
Juan Ángel Salinas Garza  
José Luis Sardón  
Leopoldo Tolivar Alas  
Joan Manuel Trayter  
Orlando Vignolo Cueva

ECB EDICIONES



THOMSON REUTERS

© ECB Ediciones S. A. C.  
Año 2014  
Derechos reservados  
D. Leg. 822 (22.04.96)  
web: [www.revistajuridica.com.pe](http://www.revistajuridica.com.pe)  
correo electrónico: [cb.publicaciones@thomsonreuters.com](mailto:cb.publicaciones@thomsonreuters.com)

© Germán Cisneros Farías  
© Orlando Vignolo Cueva  
Año 2014  
Derechos reservados  
D. Leg. 822 (22.04.96)

Líder del Área Legal  
Xaviera Pérez Benazar

Editor  
Christian Ávalos Sánchez

Prohibida la reproducción total o parcial  
sin la autorización expresa de la editorial.  
Depósito legal - Ley 26905 (20.12.97)

Editorial: ECB Ediciones S. A. C.  
Domicilio: Av. San Borja Sur 1170  
San Borja, Lima - Perú  
Año 2014 - 300 ejemplares  
Hecho el depósito legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú 2014-08691  
Registro ISBN: 978-612-4240-03-4  
Registro del Proyecto Editorial: 11501301400518  
Primera edición - año 2014

Artistas gráficos:  
Patricia Cruzado, José Lizano,  
Elvis Soto, Nora Villaverde

Impresión y encuadernación:  
Editorial Tinco S. A.  
Talleres Gráficos de Editorial Tinco S.A.  
Calle Arquímedes 114  
Urb. La Campiña - Chorrillos  
Teléfono: 719-1137 • 719-1139

*A la memoria de Adolfo Céspedes Zavaleta,  
profesor peruano pionero en los estudios  
sobre la descentralización administrativa.*



# ÍNDICE

Introducción.....	9
-------------------	---

## I

### Bases constitucionales de las municipalidades

La posición constitucional de la administración local y su sistema de relaciones interadministrativas. Los conceptos básicos del derecho europeo <i>José Esteve Pardo</i> .....	19
La elección de las autoridades municipales en el derecho municipal de Nuevo León <i>Talia Garza Hernández</i> .....	35

## II

### Organización administrativa local y relaciones de las administraciones locales con otras organizaciones administrativas territoriales

El municipio en el estado de Nuevo León y su organización jurídica <i>Baudelio Castillo Flores</i> .....	65
Las municipalidades de centros poblados de la provincia de Trujillo. Naturaleza jurídica administrativa <i>Mirko Maldonado-Meléndez</i> .....	105
El gobierno municipal en Nuevo León <i>Luis Gerardo Rodríguez Lozano</i> .....	127
Las relaciones de coordinación y cooperación en el ámbito municipal. El régimen de las mancomunidades <i>Roberto Baca Merino</i> .....	153

## III

### Las potestades, ordenamiento y actividades diversas de las municipalidades

La posible responsabilidad penal de la autoridad municipal en la no recolección de la basura <i>Germán Cisneros Farías</i> .....	185
Las competencias ambientales de las municipalidades en la República Argentina <i>Daniel H. Lago</i> .....	209
¿Cómo se protege desde la intervención municipal al medio ambiente urbano? <i>Javier Junceda</i> .....	231



Régimen jurídico del municipio en El Salvador <i>Henry Alexander Mejía</i> .....	239
El derecho a la participación ciudadana ante los gobiernos y administraciones públicas locales <i>Víctor Rafael Hernández-Mendible</i> .....	257
Municipio saludable. El derecho a la protección a la salud <i>Rosa María Díaz López</i> .....	283
Responsabilidad extracontractual de la administración municipal. Visión comparatista <i>Gustavo Quintero Navas</i> .....	305
Transparencia municipal <i>Myrna Elia García Barrera</i> .....	333

#### IV

### Ciudad, suelo y ordenación del territorio nacional

El modelo urbano de la ciudad colonial y su implantación en Hispanoamérica, con especial referencia al poblamiento del virreinato del Perú <i>Allan R. Brewer-Carías</i> .....	377
Régimen General del ejercicio de las competencias urbanísticas por los Municipios españoles <i>Jesús del Olmo Alonso</i> .....	463

#### V

### Función pública municipal

¿Existen particularidades o elementos de diferenciación en el régimen disciplinario de los empleados públicos municipales? <i>Joan Manuel Trayter y Marta Llorens Ferrers</i> .....	583
Los principios de la función pública municipal aplicables en el área metropolitana de Monterrey <i>Juan Ángel Salinas Garza</i> .....	613
La función pública local: particularidades <i>Leopoldo Tolivar Alas</i> .....	633

#### VI

### Bienes municipales

Las vías urbanas y el transporte de pasajeros en las ciudades peruanas <i>Orlando Vignolo Cueva</i> .....	675
Los bienes públicos de las entidades territoriales en el derecho colombiano. Aportes para su clarificación <i>Julián Andrés Pimiento Echeverri</i> .....	701
Autonomía municipal y acceso al mercado <i>José Luis Sardón</i> .....	721

# INTRODUCCIÓN

## I

### Los fundamentos peruanos de la obra

El 1 de marzo del 2013 miles de chiclayanos iniciaron una masiva y ruidosa manifestación en contra del alcalde provincial y los funcionarios municipales pertinentes por las inconclusas obras de saneamiento que se ejecutaron en el centro y ciertas zonas periféricas de la ciudad heroica, las cuales han degradado la vida cotidiana de estos peruanos. Hoy, un año después de esta movilización ciudadana, la situación local ha empeorado. Y, a pesar de que han aparecido algunos actos de control político del más alto nivel e infinidad de denuncias de corte penal planteadas por colectivos e incluso impulsadas por la propia Procuraduría Regional Anticorrupción, pareciera que Chiclayo se encuentra condenado a una exclusión abierta de la agenda nacional y de la propia atención reparadora de un Estado acostumbrado a mirarse hacia su propio seno, con reacciones ejecutivas siempre posteriores a la calamidad. En el mismo sentido, casi en similares condiciones aciagas y de insalubridad galopantes, se encuentra la segunda ciudad de la región Lambayeque, la urbe que también lleva el mismo nombre de raíz *muchik*, y que no puede siquiera tener el servicio de agua potable por más de tres horas continuas (debido a las fugas producidas a lo largo del sistema tubular subterráneo de reciente colocación).

Todo lo antes señalado ha quedado reflejado en una de las conclusiones del Informe de la Comisión de Fiscalización del Congreso de la República, órgano parlamentario que revisó estas escabrosas y mal ejecutadas obras públicas, indicando en su contenido de manera dramática que

[e]l proyecto Mejoramiento de redes de agua potable y alcantarillado con conexiones domiciliarias del casco central de Chiclayo antiguo y colectores Pedro Ruiz, Francisco Cabrera y Elvira García y García [...] no solo se habría llevado a cabo irregularmente, sino se habría afectado la salud pública y del medio ambiente, lo que ha generado malestar en la población por los malos olores, la presencia y proliferación de insectos vectores de enfermedades transmisibles, poniendo en riesgo la salud de las personas aledañas.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Este documento de la Comisión de Fiscalización se denomina Informe Final del Grupo de Trabajo encargado de investigar las presuntas irregularidades en las obras: «Mejoramiento y Ampliación Integral de Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado de la provincia de Lambayeque». «Mejoramiento de las Redes de Agua Potable y Alcantarillado con conexiones domiciliarias del casco central de Chiclayo Antiguo y Colectores Pedro Ruiz, Francisco Cabrera y Elvira García y García, Chiclayo».

Así, los ejemplos de estas dos ciudades separadas por 15 kilómetros, que juntas cobijan a casi 900 000 personas (en un país donde el tope poblacional bordea los 30 millones de habitantes), generadoras de importantes números sobre turismo, industria ligera y desarrollo comercial, pero que tienen los mismos problemas de salubridad urbana, sociales, ornato y servicios locales de una ciudad europea de inicios del siglo XIX; nos permiten introducirnos en la presentación de este libro. Sin querer y a desgracia de la vida de estas personas, estas dos urbes materializan las contradicciones del innegable avance peruano (incremento de la economía personal y nacional sustentado desde lo más profundo del hombre de a pie, pero que viene enmarcada en caos, desorden, individualismo ramplón y una evidente falta de intervención ordenadora de los poderes públicos competentes). Además, son dos ciudades que presentan en sus respectivas realidades uno de los retos del régimen municipal que deberá ser acometido sin tapujos en el presente contexto del país (el crecimiento equilibrado y urbano de todos los territorios de la república, pero sin descuidar nuestras fundamentales zonas rurales, a fin de permitir el ejercicio pleno de los derechos constitucionales de cada ciudadano).

Por otro lado, y centrándonos en ciertos argumentos jurídico-administrativos, pareciera que somos una sociedad que necesita cimentarse y apertrecharse en los orígenes de las instituciones, o, si se quiere en el contenido riquísimo de las discusiones (jurídicas) que nos han antecedido, y de las que no formamos parte hasta casi iniciar la década pasada. Pues bien, nuestras carestías, desgracias municipales y temores se dan alrededor de temas harto tratados, resueltos, pero siempre vueltos a reescribir. En el presente caso, debemos voltear la mirada hacia la protección de los intereses públicos comunes y de corte local, desde una base completamente asociativa y vecinal, a través de una *administración relativa al territorio* y que genere un *autogobierno* debidamente delimitado hacia la constitucional unidad nacional;<sup>2</sup> sin que este modelo deje de ser *flexible* y capaz de ser un medio de solución para evitar las brechas entre zonas geográficas. Al respecto, no debemos olvidarnos, asumiendo a los ejemplos iniciales, que en los tiempos actuales que corren, las municipalidades prestan «por razones de proximidad, un número creciente de servicios encaminados a la mejora de la calidad de vida de la población y al incremento de la capacidad de liderazgo en la vida económica y cultural local».<sup>3</sup> Finalmente, esta organización administrativa es el percutor que vigoriza o atrasa —al extremo— las libertades y derechos.<sup>4</sup>

Por lo dicho, los que escribimos este libro hemos querido presentar nuestros temas específicos, pero sin dejar de unirlos mediante un hilo conductor, esto es, la esencia de la institución municipal que nunca deberá ser afectada o desfigurada por el Legislador, el Poder Judicial,

<sup>2</sup> Estas felices expresiones fueron usadas por E. García de Enterría para referirse a los sustentos del *poder municipal* planteado por el francés Turgot. Vid. García de Enterría, Eduardo, «Turgot y los orígenes del municipalismo moderno», en *Revista de Administración Pública*, número 33, 1960, p. 88.

<sup>3</sup> Rodríguez González, Román, *Territorio y gobierno local en España*, Civitas-Thomson, Navarra, 2005, p. 51.

<sup>4</sup> En esta parte quiero seguir el estupendo y limpio pensamiento de A. de Tocqueville en su famosa obra *De la democracia en América*. Este autor clásico indicaba el papel protagónico de las administraciones locales para la formación de una sociedad, según los siguientes términos: «Es en el municipio donde reside la fuerza de los pueblos libres (...). Sin instituciones municipales una nación puede darse un gobierno libre pero no tendrá espíritu de libertad».

el Tribunal Constitucional o cualquier poder público que se acerque a su tratamiento. Esta *ratio* de profundo contenido histórico en Iberoamérica se puede resumir en la idea de que las municipalidades y, en concreto, el concepto de demarcación territorial que lo engloba en nuestro ordenamiento positivo (el municipio), «constituyen una sociedad natural, formada por cuerpos vivos, anteriores a la voluntad del Estado, cuya existencia se reconoce en nuestros días como institución política social de participación popular, democrática y autónoma (...) el municipio es la expresión institucional de las relaciones de convivencia que discurren en el interior de cada núcleo de población, de las relaciones permanentes de contacto».<sup>5</sup>

Sin embargo, esta obra colectiva ha querido ir más allá y no solo quedarse en la discusión constitucional o de antecedentes hispanos del sistema, quizá porque en Perú necesitamos descender hacia problemas locales concretos todavía sin soluciones eficaces y argumentos jurídicos robustos, y con miles de ciudadanos atrapados tras esas marañas a veces muy fatídicas (tal como sucede con los dos ejemplos inicialmente reseñados). Por tanto, a partir de asumir en partes bien establecidas los *tres* elementos que se mantienen indisolubles en nuestro régimen municipal: *población, territorio y administración pública* diferenciada y reforzada en su ámbito competencial por el propio constituyente (mediante la figura de la autonomía);<sup>6</sup> consideramos a continuación que debemos poner en valor esta agrupación de componentes, las cuales nunca pueden apartarse o dejarse de lado al momento de estudiar, describir, plantear respuestas, o como se pretende en este libro, presentar un panorama lo más extenso posible de una materia paradigmática y esencial, sin perder el afán de brindar al lector lo más sustancial de esta (y debe entenderse que este propósito le da una esencia de manual al libro presentado ante el lector).

Al menos, las anteriores figuras esenciales al aparecer recogidas en la Ley de Bases de la Descentralización y la propia Ley Orgánica de Municipalidades, y cómo no, en el desarrollo del Tribunal Constitucional, nos marcan las fronteras jurídicas de un régimen *enorme* todavía poco estudiado desde la teoría y con un tratamiento deficitario entre algunos operadores e interesados. Quizá, a desmedro de lo indicado y entendiendo que la jurisprudencia, sigue teniendo un papel limitado en nuestro derecho, lo más avanzado que se ha tenido en el mundo real, han sido ciertas sentencias del citado alto tribunal, las cuales con cierta luz han sabido preceptuar la relevancia de estos fundamentos de carácter *tripartito*, planteando al territorio como objeto delimitador de las potestades municipales de cara a los administrados, planteando así la configuración concreta de este tipo de administración pública general:

---

<sup>5</sup> Villegas Moreno, José Luis, *Doscientos años de municipalismo*, Funeda-Universidad Católica del Táchira, Caracas, 2010, pp. 56-57.

<sup>6</sup> Algunas referencias sobre estos elementos, pero adaptados hacia a la idea de Estado moderno aparecen en la cita siguiente del profesor García de Belaunde: «Existen diversas formas de Estado, todas ellas surgidas históricamente, y que sin embargo han cristalizado, en cuanto a su configuración definitiva, recién a mediados del siglo xx. Se entiende por forma de Estado aquella que atiende a la distribución del poder en referencia directa a un espacio terrestre. Como es sabido, el Estado moderno tiene tres elementos básicos: territorio, población y poder. Tales elementos son indisolubles y sin ellos no se da el Estado». *Vid.* García Belaunde, Domingo, «Estado y municipio en el Perú», en el vol. col. *Memorias del I Congreso Nacional de Derecho Municipal, descentralización y gobernabilidad*, Editorial Adrus, Arequipa, 2010, p. 16.

Los gobiernos locales tienen como uno de sus elementos esenciales el territorio, que es la superficie física sobre la que se asienta una Municipalidad que ejerce *ius imperium* local en ese espacio, al cual nos referiremos en detalle por ser de trascendencia para la absolción del caso que nos convoca.

Se considera que el territorio municipal está conformado por el espacio geográfico en el que el Municipio despliega y ejerce su poder. El principio de descentralización del Estado es el fundamento que subyace al concepto de territorio municipal que se desprende de lo dispuesto en el artículo 189º de la Constitución. Para efectos jurídicos y políticos, no basta el mero espacio geográfico asignado, sino que éste requiere de un procedimiento preestablecido, a fin de que dicho suelo pueda constituirse en una circunscripción territorial.<sup>7</sup>

Dicho esto, y siguiendo a estos tres institutos pilares, se ha dividido el contenido de la obra en los siguientes acápites que se relacionan directamente con el reflejo de las primeras:

- i) Bases constitucionales de las municipalidades.
- ii) Organización administrativa local y relaciones de las administraciones locales con otras organizaciones administrativas territoriales.
- iii) Las potestades, ordenamiento y actividades diversas de las municipalidades.
- iv) Ciudad, suelo y ordenación del territorio local.
- v) Función pública municipal.
- vi) Bienes municipales.

En cada capítulo han participado autores extranjeros y peruanos, todos depositarios de la misma raíz hispanoamericana, y cómo no, de un afán común por desarrollar el régimen local de una manera profunda y presentando dosis de claridad y sencillez en los datos entregados a los interesados. Algunos de los colaboradores son consagrados y rutilantes universitarios en sus países, otros son más jóvenes y depositarios de la nueva sangre de profesores de derecho administrativo que intenta construir —con seriedad— esta ciencia jurídica tan compleja y que es necesaria para construir sociedades sin abismos (entre el interés público y los derechos subjetivos, siendo ambos predicables a la esencia digna del ser humano).

Sin embargo, a pesar de lo indicado, existe una segunda justificación de esta obra que merece ser explicada de manera detallada, esto es su raíz comparatista y de búsqueda de datos, avances, institutos y fuentes jurídicas en sistemas municipales cercanos al nuestro. Por eso, esta obra está pensada para entregar luces sobre la realidad peruana, pero sin descuidar y mostrar el indudable avance de muchos países del continente y España en asuntos diversos del panorama local. De esta segunda raíz y sus respectivos argumentos se dará cuenta a continuación.

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 00003-2007-PC/TC, de 21 de noviembre del 2007, f. j. 20 y 21.

## II

**Los fundamentos comparados de la obra**

Sobre dos ejes giran las perspectivas del derecho administrativo occidental —con énfasis en América Latina—, a saber: los embates de la globalización en todos los ámbitos de la conducta social y el resurgimiento de la ampliación de las potestades administrativas, con marcado acento hacia la autotutela administrativa, como una reacción de autodefensa.

El primero de ellos, ciertamente de carácter externo ha sido desarrollado con amplitud por Santiago Muñoz Machado al decirnos: «los años ochenta del siglo xx fueron años de crisis para el servicio público en general. El crecimiento del gasto, la inflación, el agotamiento de las fuentes de recursos fiscales, por una parte, apostando contra la liquidación del Estado gestor y keynesiano, que había acumulado enormes responsabilidades de prestaciones de servicios públicos, y por otra, la aparición de la deslumbrante panacea de la liberación de la economía, permitieron a algunos autores y a bastantes políticos sostener que el servicio público —y por ende la esencia del Derecho administrativo— había muerto».<sup>8</sup>

El segundo, de subrayada influencia interna, se inscribe en una posición de autodefensa, ante los embates externos arriba señalados, para encontrar en el derecho mismo —en la normativa constitucional de cada país— su forma de proteger los intereses generales y los derechos fundamentales del administrado; por ello la Constitución y el derecho administrativo en su conjunto serán no solo un límite objetivo para el ejercicio de las potestades, sino que en ocasiones reclamará también que la propia administración se autovincule y establezca los parámetros y objetivos a que va a someter sus decisiones en el futuro.<sup>9</sup>

Así, el derecho administrativo de América Latina, apoyándose en el segundo de los ejes mencionados, ha desarrollado ante la globalización mencionada, específicos mecanismos de defensa para acrecentar y defender los derechos fundamentales del administrado. Uno de estos ejemplos es el trabajo que aquí presentamos en el cual, un grupo de profesores en la materia, de diversos países de estas latitudes, damos a conocer los aspectos particulares que actualmente se están gestando en nuestros territorios. El ejemplo en cuestión toma la complejidad de ciertas megaurbes latinoamericanas.

En este contexto le damos la razón a Santiago Muñoz Machado y a Luciano Parejo Alfonso,<sup>10</sup> pues antes de la década de 1980, las megaurbes o grandes concentraciones de población no se habían desarrollado con la intensidad y repercusiones que después de

<sup>8</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Tomo IV, Editorial Iustel, Madrid, 2011, pp. 574, 591, 592.

<sup>9</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Tomo I, Editorial Iustel, Madrid, 2011, pp. 852, 853.

<sup>10</sup> Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de derecho administrativo*, quinta edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 35: «Una serie de causas van a alterar los presupuestos políticos, sociales y económicos del Estado liberal de derecho: a) la espectacular transformación de la estructura social, cuyas manifestaciones más visibles son la urbanización en gran escala y la concentración de la población en las ciudades; b) las desastrosas consecuencias de las dos guerras mundiales sobre el sistema económico-social».

la fecha mencionada se fueron presentando. América Latina —nuestro continente— se ha visto inmersa en el impacto y desarrollo de las grandes megalópolis. De esta manera, Lima, Ciudad de México, São Paulo, Buenos Aires y Monterrey, ya se encuentran en la necesidad de construir una normativa administrativa que dé respuesta, de manera eficaz y eficiente, a la complejidad de los intereses de sus habitantes.

En páginas subsecuentes, los profesores mencionados desarrollan, sin olvidar lo que la doctrina indica al respecto: el derecho a exigir prestaciones de la Administración se ha enfrentado tradicionalmente con la idea de que los derechos económicos y sociales se han concebido como de configuración legal-prestacional, de modo que dependen del legislador y también de la Administración, el establecimiento de los servicios destinados a ofrecer prestaciones de aquel carácter a los ciudadanos que puedan permitir la realización de los derechos que la Constitución se limita a proclamar. Ciertamente, las potestades administrativas que aquí desarrollaremos resultan vinculadas por el ordenamiento jurídico, de las dos maneras siguientes, que actúan siempre de modo complementario y acumulativo. Las propias administraciones públicas a las que bien el legislador, o bien la Constitución en términos aun más imprecisos, le confía la atención de los intereses generales, dictan normas, establecen directrices o formulan planes o programas, en los que el contenido de aquellos intereses aparece mucho más especificado, y en las competencias y potestades que es necesario actuar para satisfacerlos.

Para dar respuesta y protección a los intereses generales a los habitantes de las mencionadas megalópolis, nos corresponde a nosotros los administrativistas, como aquí lo hacemos, presentar un análisis ejemplificativo de la estructura legal de nuestros municipios; observar con detenimiento el tema del gobierno municipal, aspecto de singular importancia para el buen funcionamiento de los municipios, y que se encuentra en proceso acelerado desde ya hace cinco siglos, pero actualmente la redacción del artículo 105 de la Constitución permite considerar al municipio como una esfera de gobierno del Estado Federal, desafortunadamente vemos que en la práctica nuestro federalismo se reduce al reconocimiento del gobierno federal y local, mostrándose omiso ante la realidad de múltiples gobiernos municipales. Así mismo, otros aspectos de relevancia para la vida municipal se pueden observar en el presente trabajo, son los casos de la salud, la calidad de vida, el medio ambiente y las circunstancias favorables para su desarrollo; analizar la normativa relativa a la protección de la salud en el campo de la recolección de la basura, de la protección de la tierra y de los ecosistemas; da respuesta oportuna a los trámites administrativos, recursos y procesos jurisdiccionales, bajo la perspectiva de las simplificación de ellos; defender el derecho de los ciudadanos para elegir a sus autoridades, bajo los lineamientos de verdaderos procesos democráticos; y finalmente, garantizar el derecho de los ciudadanos para que todas las actividades de los servidores públicos se manifiesten en rubros de transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas.

Los temas señalados, al menos en su título inicial, en una perspectiva de comparación general, son analizados en el trabajo que aquí se presenta. Se estudian —no lo olvidemos—, sin dejar de tomar en cuenta que se trata de comunidades en desarrollo, impactadas por la globalización y bajo los efectos cada día crecientes de un mercado que no ad-

mite regulación alguna. Son, efectivamente, trabajos de índole comparativo que, si bien es cierto dibujan el escenario de una localidad determinada, no dejan de estar influenciados por los problemas de las grandes megalópolis; por ello, hemos querido en estas páginas dar a conocer las particularidades de diferentes países, de algunas regiones de la América Latina, y en particular del Área Metropolitana de Monterrey, México.

Resulta importante mencionar lo siguiente: México está unido con su frontera a los Estados Unidos de América. Esta circunstancia nos es muy particular. Tal vez se diga que algunos países de América Latina, de manera señalada los de América del Sur, consideren ellos que están muy lejos de dicho país y también de la influencia de los países asiáticos. No lo están —no lo estamos— su influencia es cada día más avasalladora en los aspectos comerciales, ambientales, informáticos y de preservación de la vida. Por lo anterior, trabajos como los que aquí estamos desarrollando nos permiten medir los impactos, sus efectos y también la reacción que en cada uno de los rubros mencionados estamos teniendo. La comunicación en este tema, y en otros, nos permitirán presentar, con inteligencia, las medidas así administrativas o normativas que consideremos convenientes para sobrevivir.

En la actualidad, el fenómeno de la globalización condiciona y alienta nuestros desarrollos político-constitucionales, oportunidad y riesgo a la vez. Consideramos que oportunidad, porque es en este contexto que se le da un verdadero empuje el estudio científico del derecho, siendo el derecho comparado una parte esencial que nos permite ver a fondo nuestra real problemática, como dice Peter Häberle, en su ya célebre estudio el *Estado constitucional*:

Ciertamente, a la larga no es suficiente la simple comparación de textos, sino que esta constituye una primera fase de preparación científica, a la que debe seguir una fase de comparación constitucional sustantiva que proceda conforme a los métodos, la sistemática y las funciones e incluye a las fuerzas que contribuyen a determinar el contexto de los textos. Tratándose precisamente de nuevos textos, la ciencia depende por lo pronto, de la comparación textual; lo demás se produce más adelante, «en el curso del tiempo».<sup>11</sup>

Atender una cabal comprensión de nuestra historia y sus fenómenos político constitucionales que envuelven su desarrollo, requiere un adecuado tratamiento comparativo que ponga atención en todo el devenir histórico del municipio, ya que solo así se pueden comprender nuestros grandes logros, del cual es una muestra el artículo 105 constitucional, y por supuesto nuestras asignaturas pendientes que complican encontrar un municipio fuerte en todo sentido, una explicación a la falta de atención del municipio en diferentes rubros, puede ser sin duda los recursos limitados con que cuentan muchos de estos, como consecuencia de una restringida potestad tributaria municipal.

Como sabemos, el estudio del derecho comparado cobra día con día importancia en la reflexión jurídica sabia y ponderada del jurista. Llegados a este punto es importante des-

---

<sup>11</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 181.



tacar la relevancia que tiene el derecho comparado en nuestras investigaciones jurídicas, y que a juicio de René David pueden ser las siguientes:

Los intereses del derecho comparado pueden agruparse bajo tres rubros. El derecho comparado es útil en las investigaciones históricas o filosóficas relativas al derecho, así como conocer mejor y perfeccionar nuestro derecho nacional; es útil para entender a los pueblos extranjeros y posibilitar un mejor régimen a las relaciones internacionales. Es indispensable para todo intento de armonización o de unificación del derecho<sup>12</sup>.

El entorno global así como plantea riesgos, nos aporta oportunidades importantes de cambio, y una de esas viene a ser la posibilidad de plantearnos el escenario de vivir en una comunidad universal abierta a las grandes ideas de transformación, pero sujeta a los derechos fundamentales del individuo. Ciertamente, que aquí uno de los riesgos es el impacto que pueda tener el mercado y la cultura en un sin fin de gobiernos municipales que se encuentran lejos de presentar los mismos rasgos políticos, sociales, económicos y culturales. Es vital, en materia de identidad, procurar transmitir hacia el exterior los mismos valores que animan la convivencia interna de las comunidades, esto es particularmente importante para los municipios de entidades federativas como Nuevo León que se encuentran sometidos a un diálogo constante con el exterior, del cual tenemos que señalarlo también ha permitido un cierto flujo de recursos económicos que posibilitan una gobernabilidad que se esfuerza por no caer en la ingobernabilidad. Aunque en esta época se critique mucho al mercado, en ocasiones con justificada razón, también es justo señalar que el Mercado es un reflejo de la evolución de un Estado. Un mercado pobre siempre muestra un Estado pobre, con municipios menesterosos.

Por ello, el presente trabajo representa una excelente oportunidad para adentrarnos en la comprensión del fenómeno municipal, a la luz de los desarrollos actuales que le rodean, debilitándolo, pero fortaleciéndolo a la vez, pues hoy en día nos encontramos en la lucha, día con día, por el fortalecimiento de los derechos fundamentales.

---

<sup>12</sup> David, René y Camille Juaffret-Spinnosi, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, undécima edición, trad. Jorge Sánchez Cordero, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme y Facultad Libre de Derecho de Monterey, México, 2010, pp. 2-3.

# I

## **BASES CONSTITUCIONALES DE LAS MUNICIPALIDADES**



# LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL Y SU SISTEMA DE RELACIONES INTERADMINISTRATIVAS. LOS CONCEPTOS BÁSICOS DEL DERECHO EUROPEO

Por JOSÉ ESTEVE PARDO\*

## SUMARIO

- I. Planteamiento. II. El modelo de la administración municipal.
- III. Las relaciones entre las administraciones territoriales.

## I. PLANTEAMIENTO

Se ofrece aquí una caracterización de la posición constitucional de los municipios y las administraciones locales en general. Así mismo, se presta atención prioritaria al ordenamiento español y a su Constitución de 1978, pero también a la tradición constitucional europea en sus Estados más significativos.

Conocida esta posición, que se sustenta en lo sustancial sobre la noción de autonomía, se procede entonces al estudio de su sistema de relaciones con otras administraciones públicas, de esa manera se configuran las que se conocen como *relaciones interadministrativas*.

## II. EL MODELO DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL

Las que se conocen como administraciones locales ofrecen una trayectoria histórica, unos rasgos de identidad, una posición constitucional y una proyección, con muy marcadas diferencias respecto de la administración del Estado. Hemos de fijar primero nuestra atención en la administración local primigenia y matriz que es la administración municipal. Las restantes administraciones locales son, por lo general, agrupaciones de municipios y se forman, por lo tanto, a partir de ellos.

### 1. La formación inicial de los municipios como agrupación social con anterioridad y al margen del Estado

Los municipios están muy arraigados en la sociedad y la cultura occidental. Desde muy antiguo han sido unidades o células primarias de organización social cuya existencia precede a los modernos Estados. Muchas ciudades y municipios son anteriores a los actuales Estados y, por supuesto, a las primeras constituciones de las que estos se dotan a lo largo del siglo XIX.

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona.

Los municipios son originariamente formaciones, agrupaciones sociales, que se gestaron al margen —antes— del Estado. En ese dualismo que marcan Estado y sociedad, al que en esta obra prestamos particular atención, los municipios se gestan en la sociedad y se integran en ella como una de sus células o unidades básicas de articulación. No se les consideraba en absoluto parte de la estructura estatal incipiente que se formaba en torno a la monarquía, el ejército, la justicia, diplomacia y fuerzas de seguridad. Los municipios se adscribían a la sociedad sin ningún género de duda.

La textura jurídica de los municipios se identificaba con un tipo de agrupación de personas bien conocido entonces por el Derecho privado y el Derecho canónico, tan influyente sobre todo por su oferta de fórmulas de organización y personalidad colectiva: se trata de la fórmula de la corporación. Así, los municipios se configuraron inicialmente como corporaciones cuyos miembros son los propios habitantes o componentes de la comunidad municipal, de ahí que se siga empleando la denominación de corporación municipal para referirse a ellos. Pero lo que inicialmente era una corporación pasó a convertirse en una administración pública en un proceso histórico que, a continuación, exponemos sumariamente en lo que son sus momentos más relevantes.

## **2. La percepción y caracterización de los municipios en la evolución de su regulación constitucional en los Estados europeos**

### **A. El reconocimiento de los municipios como realidades sociales anteriores a las primeras constituciones**

Los municipios, gestados inicialmente en la realidad social, fueron objeto de progresiva regulación por parte del Estado en cuya estructura se fueron integrando. Un momento decisivo de ese proceso se produce con las primeras Constituciones. En ellas y en su primera legislación de desarrollo se fijan los rasgos básicos de los municipios y, sobre todo, se generaliza su presencia en todo el Estado, afirmándose su función de administradores de una serie de asuntos de interés para la comunidad local a la que sirven.

La Constitución de Cádiz de 1812 afirmaba en su art. 310 que «se pondrá ayuntamiento en los pueblos que no le tengan».

Este es un precepto muy significativo, pues reconoce que había pueblos, agrupaciones sociales de hecho, *poblaciones* si se las quiere llamar así, que no tenían una organización jurídica. Lo que pretende la Constitución es que se generalice la estructura administrativa que ella misma define —los Ayuntamientos, compuestos de alcalde, regidores y procurador síndico— y se extienda a todos los pueblos. Los pueblos como realidades sociales de hecho son anteriores a la configuración jurídica de los Ayuntamientos por la Constitución y legislación estatal.

En Francia se desarrolla un proceso muy radical, en rigor revolucionario, de reordenación y homogeneización de la extensión territorial de los municipios. Se trataba de uniformizar, de igualar, para evitar las diferencias de estatus jurídico que se derivaban de

la asimétrica y desigual organización del antiguo régimen. Entonces, se estableció que los municipios, las comunas, tuviesen el mismo radio territorial, de tal modo que permitieran a una persona situada en sus límites territoriales trasladarse caminando al centro de la comuna donde estaba la sede de su Administración para hacer una gestión allí y regresar el mismo día a su lugar de residencia en el extremo del término municipal. El resultado fue que se dibujó en Francia un mapa municipal integrado por 40 000 comunas —casi todas se mantienen en la actualidad— y que plantea serios problemas, pues muchas de ellas, de dimensiones muy reducidas, carecen de medios materiales y financieros para hacer frente a los cometidos que se les encomiendan, los cuales son mucho más complejos y costosos que los de la sociedad rural de hace más de dos siglos.

La primera Constitución que se aprueba en Alemania por una representación del pueblo alemán —ya estaban en vigor algunas Constituciones de los estados o *Länder* como la de Baviera, o la de Baden-Wutemberg— es la que se conoce como Constitución de Fráncfort de 1849. Para nosotros es muy significativo que las referencias a los municipios (*Gemeinde*) se contengan en el capítulo sobre «Los derechos fundamentales»; se afirma, en concreto, en el artículo XI (§ 184) que «[c]ada municipio tiene el derecho fundamental: a) A la elección de sus directores y representantes. b) A la Administración autónoma de sus asuntos. c) A la publicación de su presupuesto. d) A la publicidad de sus actuaciones». Los municipios, pues, se sitúan en una posición muy similar a la de los ciudadanos con el reconocimiento en su favor de una serie de derechos fundamentales, lo que inequívocamente los incardina de lleno en la sociedad, netamente diferenciada del Estado en este momento central del siglo XIX. No hay la menor referencia a los municipios en los capítulos de este texto constitucional dedicados al diseño del Estado, su organización, su Administración, sus instituciones. Los municipios se situaban entonces extramuros del Estado, en la sociedad civil.

## **B. La integración de los municipios en el Estado**

En el siglo XX, se produce un proceso de integración de los municipios en el Estado. Con la industrialización y el crecimiento de las ciudades, los municipios se ven encarados ante nuevos cometidos y servicios de gran entidad —abastecimiento de agua, alumbrado público, alcantarillados y saneamiento, transporte público, etcétera— para lo que necesitan de potestades públicas y de fuentes de ingresos. Unas potestades y unos ingresos fiscales que les son atribuidos por el Estado a través de sus leyes. De este modo, los municipios se integran en la maquinaria administrativa del Estado en la que tendrán un protagonismo cada vez más acentuado a medida que se desarrolla y expande el Estado social, muchas de cuyas prestaciones se encomiendan a las administraciones municipales.

Pero con esa integración se pudieron perder o difuminar las señas de identidad características de los municipios, particularmente su conexión con el cuerpo social y su representatividad democrática. Así sucedió en la dictadura del general Franco, en la que los entes locales quedaron supeditados a las instancias gubernamentales de la Administración del Estado, desde la que se designaban a los titulares de los órganos propios de los municipios, comenzando por los alcaldes.

### C. La recuperación de la identidad de la administración municipal y su autonomía en el seno del Estado

En España, el desarrollo legislativo y toda la posterior interpretación jurisprudencial y doctrinal de la Constitución de 1978, que es la Constitución vigente, han realzado el carácter representativo de la administración municipal, su articulación democrática y la autonomía que dispone para la gestión de sus asuntos.

Se recupera la noción de que los municipios proceden de la sociedad y que su integración en la estructura del Estado no conlleva su disolución en él; disponen de un espacio de autonomía para la gestión de los genuinos intereses de la comunidad social a la que sirven. La autonomía local y su garantía constitucional vienen así a preservar esa naturaleza, ese origen y esa identidad característica de los municipios.

#### 3. Carácter representativo de la Administración municipal. Su autonomía de actuación en el marco de las leyes

A diferencia de la administración del Estado, la administración municipal tiene un marcado carácter representativo. Sus órganos principales y directivos se integran a partir de un proceso electoral directo. Otra diferencia fundamental es que la articulación de los órganos de la administración municipal no responde al modelo jerárquico. Sus órganos básicos son tres: alcalde, pleno y comisión de Gobierno. No existe una relación jerárquica entre ellos: el alcalde no está por encima del pleno, ni a la inversa. Hay una distribución de competencias en línea horizontal y cada órgano tiene en ella su propio segmento competencial.

Este es el modelo y diseño organizativo común de las administraciones municipales. Sin embargo, existe una evidente disparidad en los municipios, si se atiende a su población —existen los que superan el millón o los cuatro millones de habitantes y otros muchos que cuentan con dos o tres docenas de habitantes empadronados—, medios, servicios, obras, etcétera. Esta enorme disparidad tiene, como no podía ser menos, su reflejo en el diseño organizativo. Así, los grandes municipios tienen una estructura organizativa más compleja en la que es posible encontrar relaciones jerárquicas entre ciertos órganos, pero no entre los tres órganos que son básicos y comunes —alcalde, comisión, pleno— a todos los municipios.

A efectos de recursos, como tendremos ocasión de comprobar, esto significa que los actos de los órganos de la administración municipal no son susceptibles de recurso de alzada ante el superior de esa administración, porque ese superior no existe. Podrá entonces recurrirse directamente ante los tribunales.

En grandes municipios, con una estructura organizativa más compleja y recargada, donde puedan encontrarse relaciones jerárquicas, sí será posible el recurso de alzada ante el superior jerárquico.

El carácter representativo y democrático de la administración municipal hay que enmarcarlo en sus reales dimensiones. Todas las manifestaciones y expresiones —desde sus

resoluciones singulares hasta sus normas— de la voluntad municipal tienen efectivamente una cobertura democrática, pero no debe olvidarse la textura social, originariamente privada, de los municipios. Si los municipios disponen de unas potestades formidables —la potestad expropiatoria, el carácter ejecutivo de sus actos, la potestad sancionadora, potestades fiscales, etcétera— es porque les han sido atribuidas, mediante ley, por el Estado. Por ello, la autonomía que se reconoce a los municipios es en el marco de las leyes y con sujeción estricta a ellas.

Un municipio tiene autonomía en la dirección y orientación de su actividad en materia, por ejemplo, de ordenación urbanística, sin que la Administración del Estado, ni el Gobierno de la nación, puedan intervenir y fiscalizar las opciones que adopta dentro del marco legal y constitucional en esta y en cualquier otra materia. Pero cuando el municipio hace uso de potestades, como son la potestad expropiatoria para ejecutar parte de su plan urbanístico, o las potestades fiscales para costear ciertas obras, está utilizando unos poderes que le atribuye por ley el Estado. No son, pues, potestades propias y originarias del municipio y carece por tanto de autonomía al ejercerlas. Su sujeción a la ley es aquí absoluta.

#### **4. La atribución de competencias a las administraciones municipales y otras administraciones locales**

##### **A. Las bases constitucionales**

Al estar también las administraciones locales directamente contempladas por la Constitución, podría esperarse que esta norma fundamental fuera también instrumento de atribución de sus competencias, advirtiendo en ella al menos un criterio material para discernir un espacio competencial propio para ellas.

Esa pretensión de encontrar una atribución o cobertura constitucional a las competencias de los entes locales, destacadamente el municipio, encontraba al menos dos fundamentos muy sólidos.

El primero es la categórica afirmación de la autonomía municipal que se contiene en el art. 137 de la Constitución española, que menciona también a las provincias y Comunidades Autónomas. «Todas estas entidades —afirma el precepto constitucional— gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». La Constitución alude así, inequívocamente aunque sin enunciarlos, a unos intereses municipales y provinciales que serían una referencia muy clara para la delimitación de sus competencias.

El segundo es el temprano entendimiento de la autonomía local por parte del Tribunal Constitucional, desde sus primeras sentencias, como una garantía institucional, incorporando esta noción del constitucionalismo alemán. Se conciben y protegen las garantías institucionales de modo similar a los derechos fundamentales: existe un núcleo esencial que no puede ser regulado por el legislador; la lectura de ese núcleo, precisando cuál es su contenido, corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional.



De manera coherente con esta doctrina constitucional, en el derecho alemán es unánime la convicción de que los municipios tienen un núcleo competencial mínimo atribuido y garantizado por la Constitución, concretamente la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, cuando afirma que «deberá garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, *todos los asuntos de la comunidad local*» (art. 28.2).

La Constitución, efectivamente, no detalla cuál es el núcleo o contenido esencial del derecho de expresión, o de cualquier otro derecho fundamental, pero eso no ha impedido operar con esa escueta referencia constitucional, lo que indica que en la comunidad jurídica hay una común concepción de cuál es ese contenido mínimo y, en caso de injerencia, es el Tribunal Constitucional, no el legislador, el llamado a delimitarlo.

De la misma manera, con la garantía institucional de la autonomía local, puede advertirse un núcleo básico de competencias municipales vinculadas a la gestión de sus propios intereses. Puede entenderse, por ejemplo, que a los municipios les corresponde el tratamiento y gestión de los residuos locales. Cuáles sean estos residuos es algo que se determina por la propia tradición en la materia, por tratarse de residuos generados por los vecinos o por los hogares; mientras que otro tipo de residuos, residuos industriales y peligrosos, no podrían considerarse residuos locales y se situarían en la órbita competencial de otra administración. Si hubiera un conflicto en la delimitación del concepto de residuos locales, que puede perfectamente plantearse cuando la tecnología genera un nuevo tipo de residuo, es el Tribunal Constitucional el que procede a la delimitación de ese núcleo competencial de los municipios. Este es, muy esquemáticamente expuesto, el modelo de delimitación competencial que se sigue en Alemania al configurar la autonomía local como una garantía institucional.

## **B. La apropiación por el legislador de la función de atribución de competencias a los entes locales**

Sin embargo, no se ha percibido, o no se ha sabido percibir, en la Constitución un núcleo de competencias características de los municipios —y de las provincias, a la que la Constitución reconoce también «sus respectivos intereses»— o un criterio material de delimitación. La Constitución, de la que se ha pretendido extraer la máxima sustancia posible para la configuración de la organización administrativa, no se ha explorado y aprovechado para fundar en ella un principio de atribución competencial a las administraciones locales, a diferencia de lo que ocurre con las otras administraciones territoriales, las administraciones de las Comunidades Autónomas y la administración del Estado.

Ha pesado aquí la tradición e inercia legalista, proclive siempre a los reformadores iluminados y doctrinarios, que ha dejado exclusivamente en manos del legislador la atribución de competencias a las administraciones locales. Una atribución que se produce a través de dos instrumentos legislativos.

El primero es la Ley de Bases de Régimen Local que se autoatribuye la función de conseguir la «efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales». Para ello configura un modelo de atribución de competencias a estas entidades locales consistente en que

[l]a legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de la acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los municipios, las provincias y las islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente a su círculo de intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.

El segundo y definitivo instrumento de atribución de competencias lo constituyen, según el modelo de la Ley de Bases de Régimen Legal, las leyes sectoriales del Estado y de las Comunidades Autónomas. Son ellas las que deben asignar competencias a los entes locales en los asuntos que afecten directamente a su círculo de intereses.

Las competencias de los entes locales quedan así al albur de lo que dispongan las leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas. Según este modelo y concepción, no disponen los municipios y otros entes locales de un mínimo o núcleo competencial, constitucionalmente garantizado, como sí disponen la administración del Estado o la de las Comunidades Autónomas.

Las leyes sectoriales del Estado o de las Comunidades Autónomas no han de atenerse así a unas referencias constitucionales que no pueden desconocer en ningún caso. Las competencias locales dependen, de este modo, enteramente de la voluntad del legislador sectorial.

El acierto del legislador, por ejemplo en el caso del legislador autonómico, consistirá entonces en asignar a cada administración, sea la propia administración autonómica, la municipal u otra local, las competencias más necesarias y ajustadas para atender a los intereses que pueden considerarse característicos de estas entidades.

Los intereses a los que atiende un municipio, intereses locales, son en principio distintos de los intereses, supralocales y de más amplio radio, a los que atiende una Comunidad Autónoma. Eso se aprecia en general en cualquier sector, transporte —urbano o interurbano—, carreteras y vías de comunicación, asistencia sanitaria —primaria o especializada y hospitalaria—, urbanismo y ordenación del territorio, etcétera. El difícil acierto consiste en una asignación que mantuviera el binomio interés-competencia. Un acierto prácticamente imposible en su plenitud si se tiene en cuenta la diversidad de municipios, unos mayores y más capaces que otros, que no puede ser perfectamente registrada en los enunciados necesariamente genéricos de las leyes.

### III. LAS RELACIONES ENTRE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

Atribuidas las competencias a las diferentes administraciones territoriales, corresponde ahora plantearnos cuál sea la relación, o el cúmulo de relaciones, que mantienen estas administraciones; en qué situación se encuentran las unas respecto de las otras.

Lo primero que ha de decirse es que la Constitución introduce categóricamente un principio estructural de articulación entre estas administraciones territoriales por ella misma contempladas: el principio de autonomía. «Todas estas entidades —repetimos el enunciado constitucional— gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses» (art. 137 de la Constitución española).

#### 1. La autonomía para la gestión de sus respectivos intereses como criterio articulador de las relaciones entre las administraciones territoriales

El principio de autonomía comporta que cada administración territorial es completamente autónoma en la gestión de las competencias que le han sido atribuidas y que no tienen más límite que el respeto a la legalidad vigente.

##### A. Sentido y alcance de la autonomía administrativa

De ese mismo principio se deriva que ninguna administración está situada en una posición que le permita controlar, fiscalizar y mucho menos dirigir la actividad de otras administraciones públicas territoriales. No existe jerarquía alguna entre estas administraciones. De manera deliberadamente inexacta pero expresiva podría afirmarse que cada una de ellas es «soberana» en la gestión de sus competencias. Si no puede mantenerse, en rigor, que son soberanas, no es porque exista una administración por encima de ellas, sino porque están sujetas a la legalidad, al ordenamiento jurídico del Estado.

La decidida opción del texto constitucional por el principio de autonomía como articulador de la relación entre las Administraciones supuso una profunda transformación del régimen hasta entonces imperante y que conviene mencionar, aunque sea brevemente, para entender y valorar, por contraste con lo anterior, en qué consiste la autonomía.

El sistema que se implantó durante el franquismo tenía como eje o mecanismo fundamental de articulación la llamada *tutela administrativa*. Esta tutela la ejercía la administración del Estado (ente tutelante) sobre las administraciones locales (entes tutelados). Los municipios y restantes entes locales se encontraban así en una situación que llegó a denominarse, en tono crítico, de *minoría de edad*, pues su actuación podía ser controlada y corregida en su caso por la administración del Estado. El sistema era expresión de una total incorporación de los entes locales a la estructura del Estado hasta el punto de actuar bajo la dirección de su administración central.

La Constitución española, al afirmar la autonomía de los municipios, constituidos sobre una base directamente representativa, ha marcado su espacio propio y di-

ferenciado, con plena capacidad de decisión sobre sus competencias, en la estructura territorial del Estado.

La afirmación de la autonomía rechaza de plano la tutela que pueda ejercer una administración sobre otras, controlando su actuación y corrigiéndola en su caso. Conviene destacar los ejes de la tutela administrativa tal como operaba con anterioridad a la Constitución para marcar el contraste que se produce con la afirmación de la autonomía. La tutela se ejercía fundamentalmente a través de dos tipos de controles de la administración tutelante, la del Estado, sobre las administraciones tuteladas, las locales.

Uno era el llamado *control de oportunidad*. La administración tutelante podía imponer la modificación o anulación de una resolución o decisión de la administración local, no por considerarla ilegal, lo que no se cuestionaba en absoluto, sino simplemente por considerarla inoportuna desde el punto de vista político, las más de las veces, o desde cualquier otro, incluso el estético: no gustaba el proyecto del municipio para la remodelación de una plaza pública. Este tipo de control de oportunidad resulta hoy absolutamente inadmisibles entre las administraciones territoriales, del todo incompatible con la autonomía que la Constitución les reconoce.

Otro era el *control de legalidad*. La administración tutelante podía suspender o anular los actos y acuerdos de las administraciones tuteladas si entendía que eran contrarios a derecho. El respeto a la legalidad sigue siendo ahora un valor fundamental aunque el reconocimiento de la autonomía rechaza ese modo de control de legalidad ejercido y decidido desde la supuesta administración tutelante, tal como vemos de inmediato.

## **B. La legalidad como marco de la autonomía. El control de legalidad y su articulación**

Las consecuencias de la autonomía sobre el llamado *control de legalidad* son diversas y matizadas. A continuación, destacaremos tres de ellas:

— La primera es que la legalidad constituye, como no podía ser menos, un límite, en rigor el único límite, a la gestión de las administraciones en el ejercicio de sus competencias.

— La segunda es que el control de legalidad no puede ejercerlo ninguna administración sobre otras administraciones con facultades anulatorias de sus actos. Esto es algo que no solo se deriva de la afirmación de la autonomía administrativa, sino que es una exigencia elemental del Estado de derecho en el que el control de la legalidad corresponde en exclusiva a los tribunales. Lo que sí está en las facultades de la administración es impugnar ante los tribunales la actuación de otra administración al entender que vulnera la legalidad, impugnando sus actos ante los tribunales que son los que tienen la exclusiva facultad de apreciar si se ha vulnerado la legalidad por la administración cuya actividad se impugna, anulando en su caso esas actuaciones.

— La tercera es que esa facultad de impugnación de actos ante los tribunales no constituye un monopolio de ninguna administración. El principio de autonomía se proyecta

aquí otra vez en favor de todas las administraciones a las que se le reconoce. Es perfectamente posible entonces que la administración del Estado impugne ante los tribunales un acto de una administración municipal por considerarlo contrario a la legalidad —es en realidad el único medio de reacción de que dispone—, pero también es del todo posible que un pequeño municipio impugne ante los tribunales una actuación de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma. El principio de autonomía hace posible los conflictos judiciales entre administraciones públicas, unos conflictos que no podían plantearse cuando una administración ostentaba una posición de primacía, tutelante, sobre las demás, pues entonces se imponía el criterio de la dominante sin posibilidad de discusión ante los tribunales.

Así es como los tribunales, particularmente los de la jurisdicción contencioso-administrativa, no solo conocen, como siempre había sido, de recursos de particulares contra actos de la administración, sino que también resuelven conflictos judiciales, muchas veces por cuestiones de competencias, entre administraciones que, al disponer de autonomía, pueden libremente cuestionar, también en sede judicial, la actuación de cualquier otra. Las únicas especialidades que aquí se observan son de carácter estrictamente procesal, en la vía o procedimiento que alguna administración ha de seguir para impugnar los acuerdos de otras. Cuestión procesal que, obviamente, no procede tratar aquí.

### **C. La distinción entre la autonomía administrativa, con la ley como límite, y la autonomía política, capaz de configurar la ley**

Conviene destacar que la autonomía a la que prestamos atención aquí es la autonomía administrativa, de la que gozan todas las Administraciones territoriales por determinación explícita de la Constitución. Como Administraciones que son, carecen de la potestad de dictar leyes; por ello, su autonomía de actuación se desenvuelve en el marco fijado por las leyes que ellas no pueden modificar. En términos muy simples podría entenderse también la autonomía administrativa como una autonomía de gestión orientada a unos fines políticos fijados por la ley.

La autonomía política tiene una naturaleza distinta, superior si se quiere, cuya manifestación más destacada es precisamente la de determinar sus propias opciones y líneas políticas a través de las leyes. Autonomía política conlleva el reconocimiento de la potestad legislativa. Es la autonomía de la que gozan las Comunidades Autónomas, como entidades u organizaciones políticas, pero no las administraciones de las Comunidades Autónomas que están al servicio de los objetivos políticos que se marquen en sus respectivos parlamentos.

En cualquier caso, la autonomía política como tal lo es en un marco que fija sus límites: ese marco es la Constitución. Por tanto, así como la autonomía administrativa, que es de gestión, tiene como límite la ley, la autonomía política, que se expresa mediante leyes, tiene como único límite la Constitución.

## **2. La creciente interconexión de los respectivos intereses de las administraciones y la consiguiente relevancia de las relaciones interadministrativas**

Rechazados de plano otros mecanismos de articulación, como la jerarquía y la tutela administrativa, podemos plantearnos si son en realidad necesarias las relaciones entre administraciones. La respuesta es categóricamente afirmativa: hoy más que nunca son necesarias unas relaciones fluidas y efectivas entre las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias.

La razón de ello está sobre todo en la profunda interrelación, derivada de la propia y creciente complejidad social, que tienen muchas actuaciones de las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias. En el ejercicio de sus competencias, una administración autonómica puede incidir de manera directa en la órbita de intereses de toda una serie de municipios o sobre la administración del Estado; de la misma manera que la actuación de un pequeño municipio puede tener un impacto considerable sobre otros municipios y otras administraciones territoriales.

La administración de una Comunidad Autónoma promueve la construcción de una autovía. Se trata, desde luego, de una competencia suya y eso no se cuestiona, pero la autovía discurre por diversos municipios e incide en sus competencias urbanísticas y de ordenación del territorio. Será desde luego necesaria la relación y colaboración con los municipios para conectar la autovía con la red viaria de los propios municipios. La autovía puede también afectar a las obras de la administración del Estado, como puede ser la red ferroviaria de alta velocidad o la conexión con un puerto del Estado. Qué decir de una obra pública de la administración del Estado o de la autonómica, una presa, que supone la inundación y consiguiente traslado de varios pequeños municipios.

El impacto no solo proviene de grandes obras públicas de la administración del Estado o de actuaciones a lo largo de un extenso territorio. Un pequeño municipio rural ya no solo se ocupa, como antaño, de los caminos vecinales y un abrevadero para el ganado, ahora puede decidir, pues está en su órbita competencial, la autorización de un gran complejo turístico construido alrededor de una nueva estación de esquí. Es evidente que estas decisiones del municipio, en el ámbito de sus competencias, tienen un impacto que va mucho más allá del estricto término municipal y sus habitantes al afectar a zonas y paisajes naturales que disfrutan y valoran muchas más personas que las cuatro o cinco docenas de habitantes que integran su población.

Las imponentes tecnologías —del transporte, de la construcción, de la energía— del mundo en que vivimos han otorgado un poder y un impacto extraordinario a muchas decisiones administrativas. La movilidad social sobre el territorio ha difuminado aún más los límites territoriales de las que siguen llamándose administraciones territoriales.

## **3. Modos y fórmulas de relación entre administraciones públicas**

¿Cómo se relacionan entonces las administraciones públicas que tienen una autonomía constitucionalmente garantizada? Esas relaciones —lo sabemos ya— no pueden imponer-

se unilateralmente desde una administración en una situación de autoridad y jerarquía sobre las demás, porque ninguna la tiene.

Las relaciones, por tanto, solo son posibles sobre la base del acuerdo voluntario entre administraciones; en el caso de desacuerdo manifiesto y abierto se producirán también relaciones, pero de conflicto, que no podrán ser resueltas por una administración desde una posición de supremacía, que ninguna ostenta, sino que han de plantearse ante los tribunales de justicia.

Dejamos ahora las posibles relaciones de conflicto que se tramitan ante los tribunales, y son por ellos resueltas, para centrarnos en las relaciones voluntarias, constructivas por así decirlo, entre las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias cuando puedan incidir, como es cada vez más frecuente, sobre los intereses encomendados a otras administraciones.

Pueden darse diversos tipos de relaciones que distinguimos aquí en función del grado de formalización o institucionalización en el que se materializan. Comenzamos por las relaciones más informales hasta llegar a las que cristalizan en nuevos sujetos o personas jurídicas especializadas.

#### **A. La relación informativa. La transmisión de información entre administraciones públicas**

Las administraciones que al ejercer sus competencias puedan incidir en los intereses encomendados a otras administraciones deberán informarles de sus proyectos y actuaciones. Esa información puede circular en muchas direcciones, de tal modo que las leyes vienen a establecer deberes —de facilitar a otras administraciones la información que precisen— y derechos —a solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición de otras administraciones— en esa relación informativa.

#### **B. La relación convencional. Los convenios entre administraciones**

Las administraciones pueden formalizar sus relaciones de colaboración en convenios en los que se establecerán las fórmulas de colaboración, las competencias que ejerce cada administración, los programas de actuación, las fuentes de financiación, etcétera.

Los convenios formalizan una colaboración temporal —deben fijar un plazo de vigencia— entre las administraciones que los suscriben, en ningún caso suponen la renuncia a sus competencias propias.

Mediante convenio puede alcanzarse un grado más de intensidad en la colaboración entre las administraciones participantes cuando se prevea en él la creación de un órgano o un ente con personalidad para gestionar la actividad programada y alcanzar los objetivos del convenio. En tal caso, nos situamos en otro nivel de relación interadministrativa.

### **C. La relación orgánica. Los órganos de cooperación**

Para estabilizar la cooperación entre administraciones pueden crearse órganos específicos de colaboración. Estos órganos, al contar con representantes de las administraciones con intereses en la materia, garantizan la comunicación y el flujo de información entre ellas. La cooperación orgánica, mediante órgano, puede quedarse ahí —en la comunicación y transmisión de información fluida y estable entre las administraciones participantes— o puede ir más lejos atribuyendo al órgano funciones decisorias.

Debe destacarse en cualquier caso, y como ya sabemos, que los órganos carecen de personalidad y que por tanto no pueden ser sujetos de relaciones jurídicas. El órgano de cooperación que se configure podrá bien ser un elemento de encuentro, de transmisión y recopilación de información, de deliberación, de elaboración de propuestas, de adopción de acuerdos y decisiones, pero no puede ejecutar y gestionar esos acuerdos, puesto que como tal no es sujeto de derecho que pueda entablar relaciones jurídicas, contratar, ser titular de un patrimonio, ser centro de imputación y responsabilidad por sus actuaciones.

La legislación española ofrece un diseño organizativo muy sucinto, pues no puede establecer imposiciones que vulnerarían la autonomía y la libre voluntad de las ADMINISTRACIONES, para lo que son órganos básicos de cooperación entre la administración del Estado y las administraciones de las Comunidades Autónomas las siguientes:

#### **a. Las conferencias sectoriales**

Son los órganos de cooperación cuyos rasgos característicos son: a) su composición, que es multilateral; y b) su ámbito material, que es sectorial y se circunscribe a una materia concreta, como puede ser la sanidad o la educación.

Estas conferencias reúnen a miembros del Gobierno, en representación de la administración general del Estado, y a miembros de los consejos de Gobierno, en representación de las administraciones de las Comunidades Autónomas. Participan, pues, en estas conferencias representantes del más alto nivel, ministros y consejeros, y se pretende una presencia de todas las Comunidades Autónomas para mantener una cooperación fluida y permanente entre sus administraciones y la administración del Estado.

#### **b. Comisiones bilaterales de cooperación**

Los rasgos característicos de estos órganos son su composición, que es bilateral, y su ámbito material, que es general, extendiéndose a cualquier sector o materia. Son órganos que canalizan la cooperación entre la administración del Estado y la de una concreta región o Comunidad Autónoma en diversos sectores, por lo que cuentan con varios miembros del Gobierno, en representación de la administración del Estado, y varios consejeros del Gobierno autonómico, en representación de la Comunidad Autónoma de que se trate.



### **c. Otros órganos de cooperación**

Los que hemos visto tan sumariamente son órganos de colaboración entre la administración del Estado y las administraciones de las Comunidades Autónomas algunos de cuyos trazos, muy elementales y poco comprometidos, están fijados por la legislación que, en cualquier caso, no puede ir muy lejos en la regulación de estos órganos, puesto que su diseño depende exclusivamente del acuerdo de las administraciones que establecen esta fórmula orgánica de cooperación.

Entonces, es perfectamente posible que mediante acuerdo de las administraciones, formalizado en un convenio, se cree cualquier tipo de órgano como instrumento de relación y cooperación entre ellas. Les corresponderá fijar la composición del órgano, sus funciones, sus medios materiales y personales, su asignación presupuestaria y la cuota que corresponde a cada administración participante, etcétera.

### **D. La relación institucional. La creación de entes especializados como instrumentos de cooperación interadministrativa**

La cooperación entre administraciones puede alcanzar su más acabada expresión institucional con la creación de entes con personalidad jurídica propia, formalmente diferenciada, por tanto, de la personalidad de las administraciones que instituyen esta fórmula de cooperación.

Básicamente, las formas de personificación que ofrece la legislación para que puedan ser utilizadas como instrumento de cooperación de las administraciones públicas son el consorcio y la sociedad mercantil. Destaquemos cuáles son los elementos diferenciales entre una y otra fórmula.

#### **a. El consorcio**

El consorcio es un tipo de personificación pública que permite la participación e integración en él de diversas administraciones públicas y también de sujetos privados (empresas, asociaciones, fundaciones).

Su organización y funciones se establecen en los estatutos que aprueban las entidades creadoras del consorcio. Es de destacar que el consorcio puede ejercer ciertas potestades administrativas a diferencia de la sociedad mercantil.

Un ejemplo de consorcio, es el Consorcio del Circuito de Fórmula 1 de Montmeló. Su función es la gestión y mantenimiento de ese circuito y la atención a escuderías, pilotos, periodistas y la gran afluencia de público que se produce con la celebración del Gran Campeonato del Mundo de Fórmula 1. En el Consorcio están representados, por supuesto, el municipio de Montmeló, la administración de la Comunidad Autónoma de Cataluña por todo el impacto del circuito y organización del campeonato, más allá de los límites municipales: la administración del Estado con intereses en un acontecimiento deportivo

de estas características y su proyección internacional. Se trata de administraciones cuyas competencias confluyen en una instalación y unos eventos de tanta trascendencia e impacto. Por lo demás, en este consorcio también participa alguna entidad privada como la que gestiona la organización de las pruebas de Fórmula 1 por los diferentes circuitos del mundo entero donde se celebran estas competiciones.

### **b. La sociedad mercantil**

La sociedad mercantil es una fórmula de personificación privada. Normalmente se constituye con socios privados, pero también la ofrece la legislación a las administraciones públicas para que puedan articular su cooperación a través de un sujeto con personalidad jurídica diferenciada.

La sociedad mercantil puede actuar como sujeto en el tráfico jurídico privado: puede contratar, puede obtener financiación del sector privado, puede ser titular de bienes. Pero no puede ejercer potestades administrativas ni funciones de autoridad. No puede, por ejemplo, exigir el pago de sus créditos por las vías de apremio administrativas, ni puede, por supuesto, expropiar o imponer sanciones.

### **E. En los límites de la autonomía. La fórmula de la coordinación**

Con carácter excepcional se reconoce la coordinación administrativa como fórmula de relación entre administraciones. Esta fórmula está en los límites de lo que permite el reconocimiento constitucional de la autonomía de las administraciones territoriales y ha sido admitida, con una serie de cautelas, por el Tribunal Constitucional.

Las reservas que esta fórmula suscita provienen de que con la coordinación hay una administración coordinadora que se sitúa en una cierta posición de supremacía, con la facultad, al menos, de fijar orientaciones comunes, sobre las administraciones coordinadas. Esta fórmula podría por ello considerarse incompatible con la autonomía que constitucionalmente se reconoce a unas administraciones que, en el ejercicio de lo que son sus competencias propias, serían muy libres de seguir o rechazar las orientaciones que les señale otra administración.

Lo cierto es que hay también unas elementales exigencias de coherencia en la actuación de las administraciones públicas sin que parezcan admisibles actuaciones contradictorias y erráticas en el ejercicio de las mismas competencias. Por lo demás, la coordinación es un principio constitucional de la actuación administrativa, tal como se afirma en el art. 103 de la Constitución española.

Así es como algunos estatutos de autonomía y la legislación básica del Estado —destacadamente la Ley de Bases de Régimen Local— han establecido la fórmula de la coordinación entre administraciones públicas.

Esta coordinación tiene en cualquier caso unas notas y condiciones muy definidas:

*Primera.* Destinatarias de la coordinación son particularmente las administraciones Locales. La entidad coordinadora es de ordinario la administración de la Comunidad Autónoma que quiere actuar en sintonía, coordinadamente, con esas administraciones locales más próximas a ella.

*Segunda.* Solo es admisible la coordinación cuando otras fórmulas de cooperación interadministrativa se muestren ineficaces.

*Tercera.* La coordinación ha de estar prevista en una norma con rango de ley reguladora del sector de actividad de que se trate.

*Cuarta.* La coordinación se realizará mediante la fijación concreta de los intereses generales a través de planes sectoriales.

# LA ELECCIÓN DE LAS AUTORIDADES MUNICIPALES EN EL DERECHO MUNICIPAL DE NUEVO LEÓN

Por *TALIA GARZA HERNÁNDEZ* \*

## SUMARIO

1. El ayuntamiento en México. 2. Marco jurídico electoral del municipio en México. 3. Las elecciones municipales por la jurisprudencia mexicana. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

## 1. EL AYUNTAMIENTO EN MÉXICO

El artículo 115 constitucional, en su fracción I, determina que

cada municipio será gobernado por un ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un presidente municipal y el número de regidores y síndicos que la ley determine. La competencia que esta constitución otorga al gobierno municipal se ejercerá por el ayuntamiento de manera exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre este y el gobierno del Estado.<sup>1</sup>

Desde sus orígenes y hasta su consolidación como institución constitucional en el derecho público mexicano, el municipio se ha establecido como una instancia territorial con identidad propia. Así, se destacó como una figura administrativa de origen medieval, aunque con elementos propios del derecho romano que se fue afianzando, lentamente, como un modelo de organización política para los habitantes de un territorio. El municipio se arraigó, de este modo, como el asentamiento poblacional por excelencia, que mezclaba conceptos como vecindad, propiedad, convivencia, autogobierno y administración; en esta interesante evolución, el municipio como elemento fundacional del Estado absoluto europeo, fue transmitido como muchas de sus expresiones al continente americano y se implantó, posteriormente, como una institución constitucional-administrativa de corte democrático.

En la tesitura anterior es que creo conveniente abordar el órgano esencial del municipio en México: el ayuntamiento, que es el órgano de representación más importante del municipio por mandato constitucional. Además, la doctrina jurídico-municipal con-

---

\* Maestra en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Autónoma de Nuevo León.

<sup>1</sup> Artículo 115, Fracción I, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto vigente. Última reforma publicada Diario Oficial de la Federación, 10-02-2014, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, pp. 103-104.

temporánea define al ayuntamiento como una «corporación pública [...] que representa, dirige y administra los intereses del municipio».<sup>2</sup> Uno de los elementos constitutivos del municipio y que es el principio de representación política, traducido al nivel de representación política municipal, bebe de la larga tradición del municipalismo, que surgió como una consecuencia histórica del ejercicio de representación política municipal, que se exterioriza a través del máximo órgano municipal en el municipio que es el ayuntamiento, el cual es un hecho claramente democrático. En este orden de ideas, Arteaga Nava considera:

Los municipios como personas morales que son, deben contar con órganos que los representen. No puede haber en forma permanente personalidad sin representación; las faltas temporales son inadmisibles; los sistemas de suplencia que en materia de organización municipal existen, tienden a impedir vacíos en la función de procuración. Una persona moral sin representación es inadmisibles; es contrario a las razones que existen para extender ese carácter a entes diferentes de los seres humanos.<sup>3</sup>

Así las cosas, el órgano de representación por excelencia del municipio lo constituye el ayuntamiento, al cual le corresponde la realización de las funciones públicas municipales de manera directa. Es la máxima autoridad municipal y ostenta la representación política del electorado municipal, de los vecinos, esto es, de la ciudadanía municipal en su acepción contemporánea.

En función de lo expuesto, corresponde precisar cómo es que se obtuvo esta figura de representación tan acabada, ¿por qué es que en la teoría municipal esta figura tiene el carácter de ser un órgano colegiado y qué funciones debería cumplir?, y ¿cuáles son los principios y valores que motivaron su génesis? Estas preguntas se contestan de manera gradual si se entienden —antes de entrar completamente en la materia objeto de este trabajo— los orígenes del primigenio municipalismo, cómo fue evolucionando hasta la figura actual del ayuntamiento y a través de la comprensión de que esta figura nace a la par del origen del municipio, aunque aclaro que ninguno tiene un origen lineal o cronológico, sino que fueron sucediéndose a partir de diversas alternancias históricas que en la evolución de los Estados-nación se asentaron con las particularidades nacionales, aunque subsisten ciertas características compartidas en el derecho comparado que constituyen la teoría municipal.

Conforme a la historia de sus orígenes, las primeras manifestaciones de organización de los ayuntamientos —según el modelo objeto de análisis en el presente trabajo— aparecieron en Castilla (España) en la alta Edad Media «como reunión de cabezas de familia que, por concejos abiertos, tomaban las decisiones sobre los asuntos pendientes y determinaban quién debía ocupar los cargos públicos».<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Chordá, Frederic, Martín, Teodoro, Rivero, Isabel, *Diccionario de términos históricos y afines*, Akal, Madrid, 2012, p. 34.

<sup>3</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, tercera edición, Oxford, México, 2012, p. 615.

<sup>4</sup> Según la historia: «Y tal regulación, protagonizada por la comunidad de aldea, se desarrolló desde la alta Edad Media, a través del *concellium*, el cual dará lugar al municipio cuando obtenga el grado de organización precisa y disfrute de una cierta autonomía precedente de la obtención de derechos y fueros». A este

En estos eventos se presentó el fenómeno de la evolución de las aldeas hacia «entidades locales más amplias»<sup>5</sup> y «concentraciones de población de carácter urbano».<sup>6</sup> Desde esa perspectiva, según la investigación, se plantearon dos caminos en la evolución del modelo de municipio medieval con la correspondiente evolución de sus órganos primigenios, que es lo que a mí en la presente investigación me ocupa: por una parte, se consideró la opción de que las primeras ciudades heredaron de las aldeas las figuras del *concellium* o concejo abierto; por otra, se consideró que las ciudades no sostuvieron la estructura organizacional del concejo abierto, sino que pudieron evolucionar hacia otro modelo existente también en la historia del municipalismo español: las asambleas judiciales, que fueron modelos de organización feudal aparecidos en el reino asturleonés de la alta Edad Media.<sup>7</sup>

En síntesis, el modelo de concejo abierto o *concellium*, como génesis de los modelos de gobierno municipal contemporáneos, se caracterizó por ser una manifestación que diera lugar al municipio por la adquisición de cierto «grado de organización precisa y disfrute de una cierta autonomía precedente de la obtención de derechos y fueros».<sup>8</sup>

Por eso, los especialistas mencionan que en lo general «se admite únicamente que determinados elementos aislados del municipio romano subsistieron en la nueva figura medieval, pero es evidente que su estructura, organización y principios eran indudablemente nuevos».<sup>9</sup> De manera concluyente, Orduña Rebollo prefiere considerar que «la aparición del concejo abierto está íntimamente ligada al origen del municipio medieval».<sup>10</sup> Fue en Castilla donde se produjeron las primeras comunidades autónomas, y por tal motivo apareció el primer modelo de municipio castellano, detalla Orduña Rebollo, en este contexto:

Los habitantes de San Zadurní, Berbeja y Barrio, aquellos que eran iguales, en 955 atestiguarán ante el primer conde de Castilla que no tenían acceso a sus villas ninguno de los agentes del señor, ni merinos ni sayones. El asentimiento del referido conde a estas manifestaciones que contenían una exención señalada, supuso el reconocimiento de la libertad administrativa y judicial de tales comunidades. Deduciéndose que de todas aquellas concesiones nació la figura jurídica del municipio castellano.<sup>11</sup>

Posteriormente, en el siglo XIV, la organización de esta clase de ayuntamientos fue volviéndose más «cerrada»,<sup>12</sup> es decir que se integraron «concejos y ayuntamientos cuyos

---

municipio o consejo lo calificará Valdeavellano como «la reunión de todos los vecinos», o «concejo abierto», constituido por un régimen de democracia directa en que todos participaban por sí mismos. Orduña Rebollo, Enrique (2003). *Municipios y provincias*. Madrid: Federación Española de Municipios y Provincias. Instituto Nacional de Administración Pública. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 27.

<sup>5</sup> Orduña Rebollo, 2003: 29.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> Orduña Rebollo, Enrique, *op. cit.*, p. 29.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>9</sup> Chordá, Frederic, Martín, Teodoro, Rivero, Isabel, *op. cit.*, p. 34.

<sup>10</sup> Orduña Rebollo, Enrique, *op. cit.*, p. 25.

<sup>11</sup> Orduña Rebollo, Enrique, *op. cit.*, p. 27.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 25.

cargos ocupan los miembros de la oligarquía local». <sup>13</sup> Este momento evolutivo en la historia municipal es descrito por Orduña Rebollo como la «paulatina extinción del concejo abierto»; <sup>14</sup> se asiste a la inauguración de otra etapa más cercana en alguna medida a los fenómenos que envuelven al modelo de ayuntamiento contemporáneo, lo que da paso a la aparición del «concejo reducido». <sup>15</sup> Este momento se caracteriza por una serie de elementos que configuran la organización de los ayuntamientos en la época en cuestión, pues se presentan las siguientes características:

- concejo reducido,
- vecindad,
- exclusión de la asamblea de los no vecinos,
- existencia de los hombres buenos,
- aparición de caballeros villanos,
- pertenencia de los oficios municipales a los caballeros villanos. <sup>16</sup>

Este periodo se caracterizaba por la adopción en el municipio de una estructura social oligárquica, <sup>17</sup> aunque también supuso una forma de organización más compleja. El modelo de concejo cerrado o también llamado *cabildo cerrado* se caracterizó por la implementación de los primeros espacios de democracia representativa, pues consistía en una clase de gobierno municipal que se manifestaba como un modelo de organización social que supo adaptarse a las necesidades que implicaba la creación de nuevos núcleos urbanos. Orduña Rebollo señala que

[l]a configuración de esta estructura social en las comunidades de aldea dará lugar a la aparición de los *boni homini*, que serán aquellos vecinos que tengan *beridatae* en la aldea y que poco a poco irán absorbiendo la representación de la comunidad en el *concillium* con lo que irá mermando la actividad del concejo abierto, dando paso a un concejo reducido. Tal situación pareja al crecimiento de la aldea, se producirá paulatinamente a partir de los siglos XI y XII. <sup>18</sup>

De manera que uno de los elementos que le dan identidad a este modelo y que es la existencia de los hombres buenos se va configurando como elemento integrador de este modelo de organización municipal por concejo cerrado (cabildo cerrado). A su vez, debo comentar que la expresión *hombres buenos* hace referencia en el Medioevo a los habitantes del lugar más importantes en razón de sus propiedades o posiciones económicas.

El siguiente elemento de este modelo de organización en el municipio castellano era aquel referido a la *exclusión del título de vecino*, consistente en «la pérdida en la participa-

<sup>13</sup> *Idem.*

<sup>14</sup> Orduña Rebollo, 2003: 47.

<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> Orduña Rebollo, 2003: 47.

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> Orduña Rebollo, 2003: 38. Por *boni homini* se entiende a los vecinos con propiedades o posición social elevada en la comunidad. *Idem.*

ción y aprovechamiento de los bienes del concejo, que suponía el uso gratuito de las tierras y los pastos comunales».<sup>19</sup>

El elemento referente a la existencia de los caballeros villanos es muy importante para entender la reconfiguración del municipio y de las primeras experiencias del gobierno municipal. Es de destacarse que los caballeros villanos como clase social integraron junto con los hombres buenos, en palabras de Orduña Rebollo, «una oligarquía burguesa que controlará y ostentará el poder en ciudades y concejos».<sup>20</sup>

Brevemente se deberá de hacer mención que la generación de esta clase particular fue producto también de las circunstancias en el momento histórico concreto, las monarquías leonesa y la castellana fomentaron la creación de un cuerpo de milicia útil tanto para acciones defensivas como ofensivas, pues como afirma Orduña Rebollo: «Era una especie de “milicia,” en términos actuales, que se configuraba como organización paralela a la caballería noble, más escasa en aquella época de lo que se puede pensar».<sup>21</sup>

Respecto del elemento de los oficios municipales y ellos en relación directa con el elemento de la pertenencia de los oficios municipales para los caballeros villanos, se hace constar que, como menciona Orduña Rebollo, «la organización y funcionamiento del municipio estaba encomendada a diversos oficiales». Por lo que corresponde a la clase de oficios se destacan el oficio del juez, quien detentaba funciones políticas y judiciales; del concejo, por supuesto; luego están las funciones administrativas: policial, funciones económicas, como pesos y medidas, precios y abastecimientos; asimismo, estaban las funciones militares de las que Orduña Rebollo señala como ejemplo aquella referida a la organización de la hueste concejil. Destaca, del mismo modo, una función particular: la de los jurados o fieles, a quienes les correspondía la defensa de los intereses del concejo.

En lo que concierne a la relación que guardaban los oficios municipales hacia los caballeros villanos, este fue otro elemento integrador del modelo de gobierno municipal por concejo cerrado. En esta tesitura se comprende un aspecto que señala oportunamente Orduña Rebollo:

Todos los años, casi siempre el uno de octubre se proveían los oficios de juez, alcaldes y jurados, entre los vecinos habitantes del municipio, mediante elección popular de toda la ciudad o villa, realizándose *collaciones*. Los cargos de juez y alcaldes eran magistraturas remuneradas por el concejo, siendo incompatible su ejercicio durante dos años consecutivos. Como se indicó anteriormente, desde finales del siglo XII, estos oficios recayeron en los caballeros villanos, que controlaron el gobierno municipal a partir de dicho momento, constituyendo posteriormente una oligarquía urbana.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Orduña Rebollo, Enrique, *op. cit.*, p. 39.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>21</sup> Orduña Rebollo, Enrique, *op. cit.*, p. 47.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 48.



Es en la Edad Moderna, cuando los ayuntamientos como primigenia forma de organización político-local atraviesan otra interesante transformación: se adoptó la figura del corregidor, quien representa al rey y se consideraba una figura hereditaria.<sup>23</sup> Este modelo fue sostenido por las Cortes de 1462, las cuales «mantuvieron un criterio análogo, reservando la asistencia al regimiento de alcaldes, regidores y jurados presididos por el corregidor».<sup>24</sup>

El punto de inflexión que generó la figura del ayuntamiento más moderna y prevalente en la autoridad se instauró con la crisis y la ruptura con el Antiguo Régimen, evento histórico que determinó la estructura moderna del ayuntamiento contemporáneo. En México, según Valencia Carmona: «Los primeros municipios coloniales que se fundaron se atuvieron a las prescripciones generales del derecho español, en virtud de que Cortés había emprendido la conquista sin las capitulaciones que hasta entonces se estilaban, las cuales eran una especie de licencia que la Corona otorgaba para tales empresas».<sup>25</sup>

De la institución municipal implantada en México a partir de la conquista debo decir que inevitablemente se trasplantó el modelo del municipio castellano de la Edad Media. Resulta simbólico recordar que la fundación de la Villa Rica de la Vera Cruz, por Hernán Cortés, dio inicio al proceso de colonización que a la postre habría de institucionalizar la figura del municipio en el futuro sistema político mexicano y su positiva implantación como institución autónoma y constitucional, aunque debo enfatizar que por el tema en cuestión, que es relativo a la elección de las autoridades municipales, en el municipalismo mexicano, en el caso mexicano, tras haber sido fundada la ciudad de Veracruz, comenzó el establecimiento de la integración de los ayuntamientos en las distintas regiones que se fueron colonizando.

Para finalizar la referencia a los orígenes coloniales del municipalismo mexicano, quiero apuntar que, como mencioné en líneas precedentes, Cortés no había obtenido las capitulaciones que hacían las veces de licencia; no obstante, mucho después fue ratificado, en palabras de Valencia Carmona:

Capitán general y gobernador, por real cédula emitida en Valladolid el 15 de octubre de 1522, recibió a poco instrucciones del emperador Carlos V. Dichas cédulas del 23 de julio de 1523 se refieren a la denominación de la tierra, sus provincias y lugares, a la fundación de ciudades, señalamiento de sus propios, repartimiento de tierras a sus vecinos, así como diversas medidas humanitarias en favor de los indios.<sup>26</sup>

Esto lo indico porque se observan en los citados eventos la voluntad política, aunque colonial, de generar una suerte de gobierno municipal, obviamente adaptado a las épocas y las circunstancias. Dicho en breves palabras: la forma de organización municipal en la

<sup>23</sup> Orduña Rebollo, Enrique, *op. cit.*, p. 48.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>25</sup> Valencia Carmona, Salvador, *Derecho municipal*, segunda edición, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 120.

<sup>26</sup> Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 120.

colonia en México asumía las características del modelo de gobierno municipal por corregidor, aunque en ultramar; por eso comenta Valencia Carmona que «la organización del municipio colonial de españoles fue muy similar al peninsular. Los cabildos solo podían reunirse en las casas capitulares; estaban integrados por los alcaldes ordinarios y los regidores, presididos por el gobernador o su lugarteniente. La presencia de la autoridad central era incómoda. Por eso el ayuntamiento luchó contra ella».<sup>27</sup>

En este esquema creo observar algunas disposiciones, en esta época, tendientes a regular la elección de las autoridades municipales coloniales. Valencia Carmona destaca que los reyes Carlos V y Felipe II «dispusieron que los cabildos y las elecciones de [estos] se hicieran en la casa de los gobernadores»; más tarde, el rey Felipe IV ordenó que los gobernadores y sus tenientes «dexasen a los regidores usar diputaciones y votar libremente, así como también prohibió que dichos regidores “escriban en papel suelto” sus votos “ni firmen en blanco”».<sup>28</sup> Para Valencia Carmona, todo este conjunto de disposiciones en el fondo no eran más que «buenas intenciones»<sup>29</sup>, dado que entre algunos de los impedimentos para un desarrollo democrático se encontraba el hecho de que los regidores, por mencionar un ejemplo, eran nombrados por el rey.<sup>30</sup>

Aunque por motivos de historia, la Constitución de Cádiz no pudo ser ejercida plenamente en México, por el momento en curso, no debe olvidarse el hecho de que esta Constitución tiene un importante aporte para el gobierno municipal y el desarrollo de los ayuntamientos, pues Cádiz «constitucionaliza el ayuntamiento como institución representativa municipal y lo asienta sobre una base inequívocamente popular: el sufragio universal».<sup>31</sup>

Concretamente en México, el proceso de municipalización independiente durante el siglo XIX puede considerarse en un bosquejo rápido que la materia municipal continuó rigiéndose bajo las «prescripciones tradicionales que habían venido funcionando para los ayuntamientos».<sup>32</sup>

Sin duda alguna, la integración del ayuntamiento en México puede entenderse a partir de 1917 como resultado del constituyente. Es preciso decir que se recogieron los elementos más consustanciales que hoy constituyen el derecho municipal mexicano. Así las cosas, de acuerdo con lo que explica Valencia Carmona, el municipio mexicano recogió las siguientes bases: la relativa a la división política y administrativa del municipio libre; aquella referente a la forma de gobierno municipal, estableciendo el modelo de elección directa del ayuntamiento (tema en cuestión en el presente análisis); libertad política del

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>28</sup> Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 121. La voz *dexen* se encuentra escrita en castellano antiguo o español medieval, variante lingüística que hace referencia al verbo dejar con un sentido de alejamiento. Ver referencia etimológica: <http://etimologias.dechile.net/?dejar>.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 121-122.

<sup>31</sup> Martínez Marín, Antonio, *La representatividad municipal española. Historia legislativa y régimen vigente*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, p. 25.

<sup>32</sup> Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 133.

municipio (a través de la prohibición de la existencia de autoridades intermedias entre el municipio y el gobierno del Estado); autonomía económica municipal; personalidad jurídica del municipio para intervenir en asuntos relativos al derecho público y propios del derecho privado.<sup>33</sup>

En retrospectiva la visión que tuvo el constituyente de asegurar al municipio como la base del federalismo mexicano fue certera. Hoy día, la historia ha atestiguado que la libertad municipal fue una de las genuinas aspiraciones del movimiento revolucionario, y que su consolidación en el derecho constitucional mexicano no fue en vano, si es cierto, que la institucionalización de los municipios en el régimen del Estado de Derecho ha sido lenta, pero no truncada, al contrario, el municipio se ha perfilado como una de las notas que distinguen al constitucionalismo mexicano, como compromiso libertario. En esa dimensión Rodríguez Lozano señala:

El pensamiento político es la legitimación del sistema social, es decir si el liberalismo es un concepto de tres variantes: política, económica y filosófica, estamos en el entendido que tiene que ver la coexistencia social, el sistema social, con un conjunto de aspectos que regulan la economía de la sociedad: la distribución y consumo de los bienes y servicios, es decir, que si en el sentido liberal hablamos de libertad, del derecho que tiene el hombre a ser libre, esto es inconsistente si la sociedad no tiene o no reúne a través de su gobierno nacional, los recursos suficientes para ejercer la libertad.<sup>34</sup>

Es justo y necesario advertir que la importancia del municipio denota en que es el primer punto de contacto entre ciudadanos y Estado, pues el municipio no es solo la base territorial y administrativa del Estado mexicano, sino que es como lo adscribe el Pacto Fundamental mexicano. Como lo prescribe la Constitución, el municipio no solo es administrado, sino que es gobernado por un ayuntamiento, de manera que el gobierno municipal es el primer espacio en el marco del modelo de estado constitucional de derecho adecuado para que los ciudadanos sean libres; de allí la importancia de que el derecho municipal y el derecho constitucional aborden los medios de elección de las autoridades municipales en Nuevo León, ya que la elección de las autoridades municipales supone el primer paso para la integración y legitimación de los integrantes del máximo órgano municipal: el ayuntamiento.

## 2. MARCO JURÍDICO ELECTORAL DEL MUNICIPIO EN MÉXICO

Antes de pasar al examen del marco jurídico electoral del municipio en México, conviene hacer referencia a la expresión *elecciones municipales*, esto es, ¿qué son las elecciones municipales? Pues bien, las elecciones municipales, en palabras de López Chavarría, se

<sup>33</sup> Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, pp. 144-145.

<sup>34</sup> Rodríguez Lozano, Luis Gerardo, «Dos compases en el pensamiento político de León Duguit: reflexión constitucional y solución administrativa», en Matilla Correa, Andry, Prado Maillard, José Luis, Rodríguez Lozano, Luis Gerardo, *Ensayos de derecho público. En conmemoración del sesquicentenario del natalicio de León Duguit*, Ed. Lazcano, Facultad de Derecho y Criminología UANL, México, 2011, p. 688.

definen como «un largo proceso encaminado a que el electorado decida quiénes serán los municipios que integren a los ayuntamientos, para ello tienen que efectuarse un conjunto de tareas que las hagan viables»;<sup>35</sup> este proceso se denomina, en la doctrina municipalista, como *proceso electoral municipal*.

Este conjunto de tareas, a los cuales se inscribe el proceso electoral municipal se refieren a aspectos que rápidamente pueden enumerarse de la siguiente forma: preparación de los comicios, jornada electoral, actos posteriores a la votación.<sup>36</sup> De estas etapas, el aspecto más interesante es aquel pertinente al criterio que establecen las legislaciones estatales para la integración de sus ayuntamientos, criterio que aunque se encuentra descentralizado gracias al espíritu del federalismo mexicano que el constituyente de 1917 pretendió plasmar de ninguna manera es un principio desorientado ni discrecional, pues la Constitución mexicana prevé que en lo que corresponda al criterio para la integración de los ayuntamientos en México se deben salvaguardar ciertos principios constitucionales que se contemplan en el artículo 115, fracción I. Como es de esperarse algunos Estados han avanzado más rápido que otros, y cada uno ha impreso por medio de sus poderes legislativos, en lo que concierne al criterio de integración de los ayuntamientos, los mecanismos jurídicos que la sociedad de cada Estado a través de sus representantes ha estimado conveniente.

El mandato constitucional acerca del gobierno municipal se puede corroborar a partir de la redacción del artículo 115 constitucional, ya que, por un lado, el articulado expresa las características generales del municipio como ámbito de gobierno,<sup>37</sup> la misma fracción sitúa el concepto del municipio libre, concepto que indica «una fórmula muy común que emplearon los planes y programas revolucionarios que precedieron a la Constitución de 1917»,<sup>38</sup> por lo que expresa el principio constitucional de la autonomía municipal, de manera que el mandato constitucional expresa sin ambages que «la forma única que instauró la norma constitucional fue el ayuntamiento».<sup>39</sup>

Respecto de la fórmula revolucionaria que acoge la expresión denominada *municipio libre*, esta expresa una «necesidad de libertad municipal»<sup>40</sup> recogida por el constituyente de 1917. Explica González Oropeza que, sobre este aspecto, el constituyente de Querétaro planteó en el debate de la asamblea la mencionada necesidad de libertad municipal, tomó forma la reiterada discusión de la autonomía municipal versus la autarquía que imperaba entre las autoridades intermedias, pero no entendieron el sentido más importante de la autonomía, descrito esto por González Oropeza como el «entendimiento de la autonomía municipal como un orden de gobierno distinto al de los estados».<sup>41</sup>

<sup>35</sup> López Chavarría, José Luis, *Las elecciones municipales en México*, segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 56.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>38</sup> *Idem*.

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> Quintana Roldán, Carlos F., *Derecho municipal*, décima edición, Ed. Porrúa, México, 2011, p. 203.

<sup>41</sup> González Oropeza, *La dimensión constitucional del gobierno municipal*, Editora Laguna, Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri LIX Legislatura H. Congreso del Estado de Guerrero, México, 2010, p. 40.

El articulado constitucional es muy claro al determinar que la forma de gobierno municipal es facultad del ayuntamiento. Como lo explica Quintanar Roldán, «ayuntamiento es uno de los elementos fundamentales de la corporación municipal».<sup>42</sup> De manera que el ayuntamiento como forma de gobierno municipal en México puede definirse como la integración de un cuerpo de servidores públicos electos popularmente o designados, según lo marque la ley, que tiene como misión dirigir y conducir las actividades propias del municipio, tendientes a que dicha institución cumpla con los fines que la propia ley le atribuye».<sup>43</sup>

Particularmente, el modelo constitucional del municipio mexicano se enmarca en una forma de gobierno municipal que asume la figura de gobierno municipal por presidente y ayuntamiento.<sup>44</sup> En lo que concierne a la manera de definir a estos dos órganos puede decirse que el presidente se caracteriza por ser un órgano del gobierno municipal que, en palabras de Teresita Rendón Huerta Barrera, es «unipersonal, ejecutor y directivo»,<sup>45</sup> y por un ayuntamiento que como órgano obedece a las características de ser «colegiado, deliberante, preponderantemente normativo».<sup>46</sup>

Respecto del régimen electoral de las autoridades en México, la Constitución determina que el ayuntamiento se deberá integrar por un presidente municipal, síndicos y regidores por elección popular directa. Para efectos del análisis de las elecciones de las autoridades municipales, se debe hacer énfasis en un aspecto que pone de relieve la progresiva ampliación del gobierno municipal, como se ha reforzado paulatinamente su autonomía de manera que la construcción de un régimen electoral municipal en México a partir de la reforma al artículo 115 constitucional de 1999. Esta reforma «dio más énfasis en el carácter de órgano de gobierno al ayuntamiento, al modificarse y sustituir el calificativo que se daba en la fracción I de dicho artículo que decía: “cada municipio será administrado por un Ayuntamiento” y ahora dice: “cada municipio será gobernado por un Ayuntamiento”, así es que por disposición constitucional el Ayuntamiento es el órgano de gobierno del municipio».<sup>47</sup>

En lo que respecta al tema de las elecciones municipales en la democracia mexicana, la Constitución contempla un régimen de sistema electoral en el cual las elecciones son organizadas por las autoridades estatales<sup>48</sup> y se contemplan medios de impugnación electorales y de justicia electoral, los que son competencia de los dos niveles de jurisdicción, local y federal, en materia electoral.

<sup>42</sup> Quintana Roldán, Carlos F., *op. cit.*, p. 203.

<sup>43</sup> Adame García, Jorge Carlos, *El derecho municipal en México. El municipio base fundamental del federalismo en México*, Ed. Porrúa, segunda edición, México, 2011, p. 57.

<sup>44</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, *Derecho municipal*, cuarta edición, Ed. Porrúa, México, 2007, p. 146.

<sup>45</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, p. 146.

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> Robles Martínez, Reynaldo, *op. cit.*, p. 212.

<sup>48</sup> González Oropeza, *op. cit.*, p. 81.

La Constitución mexicana en lo que pertenece al diseño constitucional del régimen electoral municipal es firme al proponer una regla genérica, que funciona como el vértice del diseño constitucional del municipio libre gobernado por un ayuntamiento. Así las cosas, la Constitución dispone de la operación de dos principios constitucionales, por una parte, porque como considera González Oropeza, la norma fundamental mexicana «ha descansado en el principio de proporcionalidad en la representación poblacional en los órganos de gobierno».<sup>49</sup>

Antes de continuar, deseo hacer la aclaración de que el principio de representación proporcional comprendido en la Constitución se ha consolidado no solo como una fórmula electoral, sino que se le reconoce como un principio constitucional; ahora bien, los principios y los valores constitucionales cobran cada vez más importancia para el régimen de derecho, por lo que coincido con Rodríguez Lozano, quien afirma que «es esencial no perder de vista que el constitucionalismo actual tiende esencialmente a tomar, en la medida de lo posible, la inclusión de los principios en los ordenamientos constitucionales “principios conectados con la realización de todas las funciones sociales desempeñadas por el derecho”».<sup>50</sup>

Este principio de proporcionalidad en la representación poblacional en los órganos de gobierno es entendido de la forma en que los representantes elegidos por votación popular para acceder a los cargos electivos del Congreso de la Unión y de los congresos estatales «deben ser electos de manera proporcional al número de habitantes de la respectiva circunscripción o distrito».<sup>51</sup> Solo que lo que advierte González Oropeza es que la Constitución no es lo suficiente explícita,<sup>52</sup> como para establecer ese principio de representación como obligatorio para los ayuntamientos, antes bien, la Constitución introduce una regla genérica, pues delega a las leyes de los Estados determinar el número de síndicos y regidores, atendiendo a las condiciones y limitaciones que las leyes de los estados en materia municipal prevean.

Lo que observa González Oropeza es que esa indeterminación en la norma constitucional concreta la carestía de un «criterio de proporcionalidad electoral»,<sup>53</sup> su implantación como principio constitucional obligatorio podría ser útil como un elemento democratizador de la democracia municipal y un aliciente para el desarrollo de la participación de la sociedad en los asuntos municipales.

El siguiente principio que establece la Constitución, y sobre el que ya me referí, pero que en materia electoral municipal su función como principio rector del constitucionalismo municipal es evidente, es el relativo a la autonomía municipal, el cual describiré en los

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>50</sup> Rodríguez Lozano, Luis Gerardo, *La tutela judicial efectiva en materia de derechos político-electorales*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2013, p. 58.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Idem*.

<sup>53</sup> *Idem*.

siguientes términos: si el legislador no previó una protección constitucional más amplia del principio de autonomía municipal, como vector para el desarrollo municipal, fue quizá porque se planteaba que la autonomía se consolidaría como una consecuencia lógica del ejercicio del federalismo como forma de estado adoptada por el constituyente de 1917; la experiencia demostró que esto no fue así, pues la historia constitucional mexicana ha presenciado que el municipio fue evolucionando con suma lentitud, como acertadamente lo expresa González Oropeza: «Aunque se ha avanzado en el reconocimiento del municipio como un nivel de gobierno del Estado federal, todavía el federalismo mexicano se reduce en la mayoría de sus términos al binomio gobierno federal-gobiernos estatales, olvidando a los miles de gobiernos municipales».<sup>54</sup>

Esto en materia de elecciones se fundamenta en que, efectivamente, «la aparente “libertad” del municipio se centró en la eliminación de dicho funcionario, sin adoptar medidas estructurales sobre sus facultades o su integración con órganos de gobierno a imagen y semejanza de los estatales o federales».<sup>55</sup>

Precedente importante para el fortalecimiento de la autonomía y de la libertad municipal se constituyó con el juicio de amparo 4521/90 que promovió el ayuntamiento de Mexicali, a través de su presidente municipal Milton Castellanos Jr. Como resultado de ese proceso jurisdiccional, en 1992, el Pleno de la Suprema Corte estableció que los municipios estaban legitimados para interponer controversias constitucionales, reconociéndolos como un poder del Estado. Finalmente, en 1994, se reformaría la Constitución en el artículo 105 para legitimar a los municipios para interponer controversias constitucionales. Estos son algunos de los elementos constitucionales que nos permiten elucidar que el constituyente previó para el municipio esa facultad constitucional para autogobernarse, para ejercer su capacidad jurídica como persona moral, le confiere una identidad que no se circunscribe a una simple y llana división territorial, sino que lo reconoce como un poder del Estado<sup>56</sup> facultándolo como lo establece la Constitución en el artículo 115, fracción I: «Cada municipio será gobernado por un ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un presidente municipal y el número de regidores y síndicos que la ley determine».<sup>57</sup> De manera que la Constitución establece una regla genérica que es compatible con los principios constitucionales propios al federalismo municipal.

Por una parte se establece una problematización en lo que respecta a que en lo concerniente al federalismo mexicano, como aprecia Quintana Roldán, «existen 31 Leyes Electorales correspondientes a cada uno de los Estados, delineadas en los asuntos municipales bajo los principios que en dicha materia establece el artículo 115 de la Constitución

<sup>54</sup> González Oropeza, *op. cit.*, p. 22.

<sup>55</sup> *Idem.*

<sup>56</sup> Ver artículo 105, fracción I, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto vigente. Última reforma publicada Diario Oficial de la Federación, 10-02-2014, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>, pp. 92-93.

<sup>57</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 115, *Ibidem.*

General de la República». <sup>58</sup> En este tenor, es prudente tomar en cuenta que el municipio mexicano atiende a una realidad compleja en materia de representación política municipal y también respecto de su régimen jurídico de elecciones. Esta diversidad de métodos y criterios se plantea en métodos que atienden a los criterios de asignación de regidores; número de regidores electos por mayoría relativa y representación proporcional. <sup>59</sup>

En ese tenor se inscribe José Luis López Chavarría, quien se pronuncia sobre la existencia de un «mosaico heterogéneo de la forma como se regula esta materia», <sup>60</sup> la materia electoral por supuesto. López Chavarría da cuenta de este fenómeno al advertir que, en México, cada una de las treinta y un entidades federativas que integran la federación «han construido sus respectivos regímenes jurídicos, los cuales se reflejan en sus respectivos textos constitucionales, ordenamientos electorales, leyes orgánicas municipales, reglamentos, etcétera». <sup>61</sup>

Se entiende que existen tres grandes métodos para la integración de los ayuntamientos: *método poblacional*, al que hice referencia en los párrafos concernientes al principio de representación poblacional en los órganos de gobierno (muy relacionado con el principio democrático en la Constitución); *principio diferencial*, que es el que hace referencia a la distribución de los cargos de presidente municipal, regidores y síndicos, tomando en consideración el sistema electoral sea de mayoría relativa o de representación proporcional; y el *criterio electoral*, que se determina en la norma: un hombre, un voto y que indiscutiblemente está muy relacionado con el método poblacional, aunque este último tiende a buscar más equidad, ya que dependiendo del número de electores del municipio se establecerá el número de electores por cada principio sea de representación proporcional y de mayoría relativa. <sup>62</sup>

A esta complejidad se añade la reciente reforma constitucional en materia político-electoral aprobada en diciembre del 2013, ahora vigente, y en la cual se introducen importantes aspectos rectores-constitucionales para el orden político-electoral del país; lo más sorprendente de esta reforma es que se aprobó la reelección en los niveles electivos: federales (diputados y senadores), estatales y municipales. De manera que la reelección se introduce como un nuevo principio constitucional. <sup>63</sup>

<sup>58</sup> Quintana Roldán, *op. cit.*, p. 329.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 348.

<sup>60</sup> López Chavarría, José Luis, *op. cit.*, p. 53.

<sup>61</sup> López Chavarría, José Luis, *op. cit.*, p. 53.

<sup>62</sup> González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, pp. 83-113.

<sup>63</sup> Es prudente consultar el dictamen de la reforma constitucional político-electoral aprobada en febrero de 2014 por el Congreso de la Unión: Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Gobernación; de Reforma del Estado; de Estudios Legislativo Primera, y de Estudios Legislativos, Segunda, a la minuta con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia Político-Electoral, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, Número 5, enero-junio, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014, pp. 383-432.



Las elecciones de los ayuntamientos se definen tomando en cuenta la operatividad de algunos principios importantes como el de autonomía, el poblacional y el de representación proporcional. Este último notoriamente importante, y cuya introducción en el artículo 115 constitucional, fracción I, no es de interés menor. Ahora bien, conviene establecer algunas consideraciones en torno al principio de representación proporcional. La primera sería que la representación, en sentido gramatical, atiende a un procedimiento electoral que «establece una correlación idéntica entre votos y cargos de elección popular, que se conoce en la doctrina como sistema puro o ideal».<sup>64</sup>

De manera que la representación proporcional no es sino solo una variante de los distintos sistemas electorales que pueden existir en los sistemas políticos democráticos, el sistema de representación proporcional, no es más que una fórmula electoral, la que es imprescindible para obtener los resultados de los procesos electorales, consiguiendo el objetivo amplio de los sistemas electorales que es el de traducir los votos en cargos de elección popular.<sup>65</sup>

El principio de representación proporcional como fórmula electoral del sistema electoral mexicano se encuentra consignado por la Constitución mexicana en los numerales 54, 115 fracción VIII, 116 y 122 de la norma fundamental del Estado mexicano. De manera que es concluyente, atendiendo a los preceptos constitucionales, que en México el sistema electoral se define como un sistema de representación político-electoral mixto<sup>66</sup> que se integra como señala el autor por

la representación de mayoría relativa, de primera minoría y de representación proporcional, en el que se trata de compartir el poder con los candidatos, partidos políticos o coaliciones que, sin resultar vencedores, hubieran obtenido determinados porcentajes que reflejen, en buena medida la aceptación del electorado en las demarcaciones político-electorales previamente establecidas, con la finalidad de que los diversos estratos sociales se encuentren representados políticamente.<sup>67</sup>

En la actualidad, cinco estados contemplan la asignación de regidurías por el principio constitucional de representación proporcional: Durango, Guanajuato, Morelos, Tlaxcala y Veracruz. Los únicos cargos populares que se eligen por mayoría relativa en estos Estados son los del presidente municipal y el de síndico.<sup>68</sup>

Otro aspecto importante referente a las elecciones municipales en México, y por supuesto a lo que corresponde al tema de la integración de los ayuntamientos, encuentra

<sup>64</sup> Solorio Almazán, Héctor, *La representación proporcional*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2008, p. 21.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>66</sup> Chaires Zaragoza, Jorge, *El principio de representación proporcional en el sistema federal mexicano*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2011, p. 32.

<sup>67</sup> *Idem*.

<sup>68</sup> Hurtado, Javier, *Representación política y municipio. El caso de la capital de Durango*, Tribunal Electoral de la Federación, México, 2012, p. 34.

su punta de lanza en la reforma constitucional del 14 de junio del 2005. Esta reforma es sustancial porque adicionó un párrafo a la fracción tercera del artículo 115, que estableció que las comunidades indígenas estarían facultadas para que en lo que concierne al ámbito municipal se coordinen y asocien según los efectos que exija la ley, conforme a los usos y costumbres. Esto conforma así el sistema de usos y costumbres para elegir autoridades municipales y que se integra como una clase de derecho consuetudinario de los pueblos originarios. No está demás aclarar que el artículo 2 de la Constitución se interpreta en relación con la cláusula anterior.

En mi opinión, esta clase de disposiciones en materia de usos y costumbres son muy importantes en razón de ser derechos diferenciados relativos a la pertenencia de personas a comunidades autóctonas, como producto de los efectos del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, relacionado con los pueblos indígenas y tribales en países independientes del 27 de junio de 1989. Este tratado internacional destaca, en palabras de González Oropeza, «como un instrumento de avanzada»<sup>69</sup> y que se relaciona con una de sus normas que dispone que «en la aplicación de la legislación nacional, deberán tomarse en cuenta las costumbres de los pueblos, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales reconocidos en los órdenes jurídicos».<sup>70</sup> Por ello, no se debe soslayar el régimen de sistema de usos y costumbres como sistema de elección de las autoridades municipales; en Oaxaca, por ejemplo, este sistema existe de forma oficial desde 1990<sup>71</sup> y se le denomina *sistema dual*, ya que en el Estado existe una dualidad entre el sistema de elecciones por partidos y el sistema de usos y costumbres.

En el estado de Nuevo León, el articulado de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, en lo que respecta a la organización y elección de los ayuntamientos, dispone en el artículo 118 una normativa que se acoge al espíritu federalista de la norma constitucional primando el principio constitucional de democracia directa, aunque lo delega hacia una ley secundaria:

Los municipios que integran el estado son independientes entre sí. Cada uno de ellos será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un presidente municipal y el número de regidores y síndicos que la ley determine. La competencia que otorga esta Constitución al gobierno municipal se ejercerá por el ayuntamiento de manera exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre este y los poderes del Estado.<sup>72</sup>

En el caso específico del derecho municipal de Nuevo León, se puede observar que prevalece el criterio de elección e integración de los ayuntamientos bajo la asignación de

<sup>69</sup> González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. 116

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>71</sup> Dalton, Margarita, *Democracia e igualdad en conflicto. Las presidentas municipales en Oaxaca*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ciesas, México, 2012, p. 111.

<sup>72</sup> Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, Congreso del Estado de Nuevo León, vigente. [http://www.hcnl.gob.mx/trabajo\\_legislativo/leyes/pdf/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf](http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf).

los cargos de elección popular por un sistema electoral mixto que la propia ley manda como un sistema definido por la armonización de las dos principales fórmulas electorales: la fórmula electoral por mayoría representativa y la referente a la representación proporcional. La normativa en la materia contempla que para la aplicación de estas dos fórmulas electorales se debe tomar en consideración lo dispuesto en la Constitución Política del Estado, así como en la sucesiva ley electoral también del estado de Nuevo León.<sup>73</sup>

Conforme se desprende del análisis del artículo 15 de la ley municipal del estado de Nuevo León, se entiende que el criterio de representación que recoge esta ley para la elección e integración de los ayuntamientos en el estado es el criterio poblacional, al disponer que «con base en el número de habitantes del último censo de la población, se determinará el total de miembros del ayuntamiento».<sup>74</sup>

De manera que la ley prevé tres hipótesis para la elección e integración de los ayuntamientos, siguiendo el método poblacional, que son las siguientes:

a. En el supuesto de los municipios con población territorial que *no exceda* de doce mil habitantes, el ayuntamiento se integrará por un presidente municipal, un síndico, cuatro regidores por mayoría relativa y se asignarán regidurías por la fórmula de representación proporcional «que correspondan».<sup>75</sup>

b. En el supuesto de los municipios con población que *excede* de los doce mil habitantes, pero la población no ascienda a más de cincuenta mil habitantes, en este caso el ayuntamiento se integrará por un presidente municipal, dos síndicos, seis regidores y la asignación de regidurías por representación proporcional «que corresponda».<sup>76</sup>

<sup>73</sup> El artículo en comento textualmente dispone en el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León: «Los miembros del ayuntamiento se eligen por sufragio universal, directo, libre y secreto de los ciudadanos, bajo el sistema electoral mixto de mayoría relativa y de representación proporcional establecido en la Constitución Política y la ley electoral del estado». Artículo 15 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Legislación Local, Procedencia: Nuevo León, disponible en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/20/837/16.htm?s>.

<sup>74</sup> El artículo 15 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León, dispone: «Con fundamento en la Constitución Política del estado, y con base en el número de habitantes del último censo de población, se determinará el total de miembros del ayuntamiento, de la siguiente manera: I. En los municipios cuya población no exceda de doce mil habitantes, habrá un presidente municipal, el síndico, cuatro regidores de mayoría relativa y los regidores de representación proporcional que correspondan. II. En los municipios cuya población exceda de doce mil habitantes pero que sea inferior a cincuenta mil, habrá un presidente municipal, dos síndicos, seis regidores de mayoría relativa y los regidores de representación proporcional que correspondan. III. En los municipios cuya población sea superior a cincuenta mil habitantes, habrá un presidente municipal, dos síndicos y los siguientes regidores: en el caso de mayoría relativa seis regidores más uno por cada cien mil habitantes o fracción que exceda de dicha cifra; y en el caso de los regidores por representación proporcional, los que correspondan, según la ley electoral del estado». Artículo 15 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León. *Ibidem*.

<sup>75</sup> Así lo establece la fracción I, del artículo 15 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León. *Ibidem*.

<sup>76</sup> Así lo establece la fracción II, del artículo 15 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León.

c. En el supuesto de que los municipios comprendan una población superior a los cincuenta mil habitantes; en estas circunstancias, los ayuntamientos se integrarán por un presidente municipal, dos síndicos, seis regidores más uno por mayoría relativa por cada cien mil habitantes o fracción que exceda de dicha cifra, y en lo respectivo a la asignación de regidurías por fórmula electoral de representación proporcional establece que se asignarán «las que correspondan». Finalmente, remite a la asignación que corresponda de las mismas regidurías (RP), conforme a la ley electoral del Estado.<sup>77</sup>

Asimismo, es digno de considerarse que de acuerdo con la reforma constitucional político-electoral de febrero del 2014, el constituyente permanente confirmó a la fórmula electoral por representación proporcional no solo como una fórmula electoral más, sino como un principio constitucional, pues el artículo 54 constitucional que la comprende como principio de representación proporcional para la asignación de las 200 diputaciones correspondientes con dicho principio fue modificada, pero permaneció intocable el referido principio confirmándolo como un elemento de fortalecimiento del estado democrático de derecho en México.<sup>78</sup>

La novedad más importante de la reforma constitucional político-electoral de febrero del 2014, lo constituye la reforma constitucional que introduce la reelección para los ayuntamientos. La inclusión de este mecanismo jurídico facilita todavía más la evolución de los ayuntamientos hacia un modelo de cabildo abierto compatible con los principios y valores de la Constitución mexicana, porque la Constitución amplía la permisión no solo para los alcaldes, sino también para los regidores y síndicos.<sup>79</sup> Evidentemente que este mecanismo no converge como una norma constitucional deliberada, pues el diseño atiende al supuesto de que para la postulación para la reelección esta debe ser solicitada por el partido o coalición que hayan postulado previamente a los candidatos municipales. Esto, supongo, puede contribuir para el fortalecimiento de la democracia interna de los partidos políticos y adicionalmente para la profesionalización de la función pública.

Sería importante comprender que el que parece ser el modelo más idóneo y más próximo al modelo establecido por la Constitución mexicana en el artículo 115, fracción I, sería un modelo que según la doctrina esbozada por Teresita Rendón Huerta Barrera, es característico de la teoría de la república representativa municipal,<sup>80</sup> denominado *municipi-*

---

*Ibidem.*

<sup>77</sup> Así lo establece la fracción III, del artículo 15 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León.

*Ibidem.*

<sup>78</sup> Ver artículo 54, Constitución Política de los Estados Mexicanos, *op. cit.*

<sup>79</sup> Artículo 115, fracción I, párrafo segundo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, 104. La permisión de reelección en el orden local solo se extendió para los diputados locales, en los términos que señala el artículo 116, fracc. II, de la Constitución. Asimismo, los senadores y los diputados federales pueden reelegirse en los términos que contempla la Constitución en el artículo 59. Véanse: Art. 115, frac I, párrafo segundo; art. 116, fracc. II, párrafo segundo; art. 59, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

<sup>80</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, p. 193. Esta teoría de la república representativa municipal, según la autora consiste en que «el municipio debe, en su esfera local, reeditar la imagen de la república representativa». *Idem.*

*pio de convención*.<sup>81</sup> Este consiste en que «se estimula, de tal suerte, el desarrollo del principio autonomista mediante una conquista de la soberanía que se mide en el crecimiento de la población, en la extensión y diversificación de los servicios públicos municipales, en desarrollo de las potencias creadoras de la comunidad local».<sup>82</sup>

Esto se traduce en que «los municipios conservan todo el poder no delegado por la Constitución, al gobierno federal y todo el poder no reservado exclusivamente para sí por las provincias en sus cartas fundamentales».<sup>83</sup> En resumen, los municipios poseerían sus respectivas facultades y atribuciones, competencias exclusivas y concurrentes.<sup>84</sup> Esto se regularía constitucionalmente, pues, como advierte Teresita Rendón Huerta Barrera, sería ideal la inclusión de cartas orgánicas municipales que fueran «sancionadas» por la Constitución local.<sup>85</sup>

Parece ser que la diversidad de criterios interpretativos, que como consecuencia lógica de federalismo se deducen de la aplicación de la fracción I del artículo 115 constitucional, converge hacia el desarrollo de una idea que permite distinguir que las elecciones municipales se encuentran fuertemente influenciadas por el sistema de integración de los ayuntamientos. Al prever la Constitución que los ayuntamientos deberán ser elegidos por elección popular y directa, hace palpable un principio constitucional democrático que se les transmite a los ayuntamientos, solo que analizando a detalle pareciera ser que la vía más idónea sería separar las funciones del ayuntamiento estableciendo que el presidente municipal sea el responsable de las actividades administrativas municipales y, por otra parte, el cabildo integrado por regidores y síndicos sería el concejo municipal cuya función primordial sería «deliberativa y normativa»,<sup>86</sup> esto le permitiría al municipio consolidarse en el sistema político mexicano, federal, democrático y representativo como un auténtico poder del Estado.

### 3. LAS ELECCIONES MUNICIPALES POR LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Las elecciones han sido en su momento objeto de discusión jurisprudencial, proceso interpretativo del cual se han obtenido sendas interpretaciones constitucionales necesarias para el fortalecimiento de una auténtica teoría municipalista del municipio mexicano. En este tenor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó una interesante jurisprudencia sobre la validez del principio constitucional de representación municipal en los ayuntamientos. Es sugestivo añadir que de la lectura de la jurisprudencia del alto tribunal se puede observar que la interpretación en comento atiende al mandato constitucional de que en el ámbito municipal se debe integrar los órganos legislativos debiendo utilizar obligatoriamente como criterio análogo el principio de representación proporcional sancionado por la Constitución Federal de México.

<sup>81</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, p. 194.

<sup>82</sup> *Idem.*

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>84</sup> *Idem.*

<sup>85</sup> *Idem.*

<sup>86</sup> Hurtado, Javier, *op. cit.*, p. 73.

REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL. AL INTRODUCIR ESTE PRINCIPIO EN EL ÁMBITO MUNICIPAL, SE DEBE ATENDER A LOS MISMOS LINEAMIENTOS QUE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL SEÑALA PARA LA INTEGRACIÓN DE LOS ÓRGANOS LEGISLATIVOS

El artículo 115, fracciones I, párrafo primero y VIII, párrafo primero, de la Constitución Federal señala que las entidades federativas tendrán como base de su división territorial y de su organización política y administrativa al Municipio Libre; que cada Municipio será gobernado por un Ayuntamiento electo popular y directamente, el cual se integrará por un presidente y el número de síndicos y regidores que la legislación local determine; que el gobierno municipal se ejercerá exclusivamente por el Ayuntamiento y que las autoridades legislativas locales, al expedir sus leyes electorales, deberán introducir el principio de representación proporcional para la elección de los Ayuntamientos de los Municipios que conforman la entidad. Ahora bien, como puede advertirse del indicado precepto constitucional, el municipio es la célula primaria territorial, política y administrativa en los Estados, por lo que es el primer nivel de gobierno que entra en contacto con la ciudadanía asentada en él; de ahí que corresponda a sus habitantes elegir directamente a los funcionarios que deberán conformar el órgano de gobierno municipal. Así, los miembros de los Ayuntamientos que hayan resultado electos como tales, integran el órgano de gobierno municipal y representan los intereses de una comunidad municipal determinada, por tanto, el principio de representación proporcional que se instituye para los Municipios, tiene como finalidad que los partidos políticos contendientes en una elección municipal cuenten con un grado de representatividad que deberá ser acorde a su presencia en los Municipios que integren a la entidad federativa correspondiente, lo anterior, en atención al carácter nacional y estatal de los partidos políticos que contienden en las elecciones municipales. En efecto, el principio de representación proporcional previsto para la conformación de los órganos legislativos, se instituyó para dar participación a los partidos políticos con cierta representatividad en la integración de dichos órganos, para que cada uno de ellos tenga una representación proporcional al porcentaje de su votación total y evitar la sobrerrepresentación de los partidos dominantes, lo que implica que los institutos políticos tengan cierto grado de representatividad a nivel estatal, puesto que en su caso, conformarán precisamente un órgano de gobierno estatal. En esta tesitura, el establecimiento del sistema de representación proporcional en el ámbito municipal debe atender a los mismos lineamientos que la Constitución Federal señala para la integración de los órganos legislativos, esto es, que los partidos políticos que cuenten con cierto grado de representatividad estatal puedan acceder al órgano de gobierno municipal, sin que ello signifique que se limite la representación integral y genérica de los intereses de una concreta colectividad, ni que estos se subordinen a lo que ocurra en otros Municipios.<sup>87</sup>

La siguiente jurisprudencia hace referencia a la intervención de los partidos políticos en los procesos estatales y municipales, y les constriñe a sujetarse a la normativa local, de manera que constituye un criterio que sirve para fortalecer el constitucionalismo local de los Estados.

<sup>87</sup> Tesis P/J19/2013, Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro xx, mayo 2013, tomo 1, décima época, p. 180.

## PARTIDOS POLÍTICOS NACIONALES. SU INTERVENCIÓN EN PROCESOS ESTATALES Y MUNICIPALES ESTÁ SUJETA A LA NORMATIVA LOCAL

El artículo 41, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dispone, en relación con dichos entes, que «la ley determinará las formas específicas de su intervención en el proceso electoral»; por otra parte, en términos del inciso i) de la fracción IV del artículo 116 de la propia Constitución Federal, se faculta a las Legislaturas Locales para que tipifiquen los delitos y determinen las faltas en materia electoral, así como las sanciones que por ellos deban imponerse. Del análisis sistemático de los citados numerales se concluye que es facultad de las Legislaturas Locales regular lo relativo a los delitos y faltas en materia electoral por incumplimiento a la normativa respectiva, por lo que a las autoridades electorales estatales les corresponde sancionar a los actores políticos que intervengan en los procesos de la entidad federativa de que se trate, entre ellos, a los partidos políticos nacionales, por las infracciones que cometan a la normativa electoral, inclusive con la suspensión o cancelación de su inscripción local. Lo anterior no significa que con ese tipo de sanción se impida a los partidos políticos nacionales participar en las elecciones estatales o municipales, pues una cosa es el derecho constitucional que tienen de participar en ese tipo de procesos derivado de lo dispuesto en el artículo 41, fracción I, de la Norma Fundamental y, otra la obligación que tienen de cumplir con la normativa que regula su intervención en los procesos locales, es decir, el derecho de participar en procesos electorales municipales y estatales deriva de su sola calidad como partidos nacionales; sin embargo, su intervención está sujeta a las disposiciones legales que rijan esos procesos electorales, entre ellas, la de cumplir con las reglas que para la participación en esos procesos el legislador local establece. Además, la facultad de las autoridades electorales estatales, tratándose de partidos políticos nacionales es la de que en su momento puedan suspender o cancelar únicamente la inscripción que le hubieran otorgado y no así su registro, por virtud de que este es expedido por autoridad federal, y es a esta a quien en todo caso le corresponde determinar sobre la cancelación, suspensión o permanencia del registro de los partidos nacionales.<sup>88</sup>

La sucesiva tesis jurisprudencial, aunque directamente no está relacionada con las elecciones municipales, al instituir límites constitucionales para la legislatura del estado de Chiapas, la SCJN formula una interpretación benigna, pues tiende a proteger la institución municipal, incluso frente a eventuales disposiciones de las legislaturas locales expidan designaciones de concejos municipales<sup>89</sup> por disposiciones contrarias a las exigencias constitucionales.

<sup>88</sup> Tesis P/J45/2002, Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Oficial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, octubre de 2002, novena época, p. 680.

<sup>89</sup> Previstos en el quinto párrafo del artículo 115 de la Constitución, es facultad de las legislaturas estatales bajo varias causales la designación de esta institución constitucional para concluir periodos de gobiernos municipales. «En caso de declararse desaparecido un ayuntamiento o por renuncia o falta absoluta de la mayoría de sus miembros, si conforme a la ley no procede que entren en funciones los suplentes ni que se celebren nuevas elecciones, las legislaturas de los estados designarán de entre los vecinos a los concejos municipales que concluirán los periodos respectivos; estos concejos estarán integrados por el número de miembros que determine la ley, quienes deberán cumplir los requisitos de elegibilidad establecidos para los regidores». Art. 115, párrafo quinto, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

CONCEJOS MUNICIPALES. EL ARTÍCULO SEXTO TRANSITORIO DEL DECRETO NÚMERO 011, PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DEL ESTADO DE CHIAPAS EL 25 DE NOVIEMBRE DE 2009, QUE PREVÉ SU DESIGNACIÓN, ES INCONSTITUCIONAL AL NO ACTUALIZARSE ALGUNO DE LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 115, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La citada norma constitucional establece la facultad de las Legislaturas Estatales para designar a los miembros de un Concejo Municipal cuando se reúnan ciertos requisitos. Como supuesto previo es necesaria la existencia de un Ayuntamiento en funciones y que el Concejo cubra un periodo que, por alguna de las causas determinadas en ese mismo artículo constitucional, no pueda concluir. Así, la razón de ser de los Concejos Municipales radica en su naturaleza sustituta y emergente con respecto a la figura constitucional del Ayuntamiento. Ahora bien, las causas para que pueda darse esa designación están específicamente delimitadas y consisten en que: a) los Ayuntamientos que estuviesen en funciones no hayan terminado su mandato por alguna de las causas enunciadas en el artículo 115, fracción I, constitucional; b) los Ayuntamientos hayan sido suspendidos o se haya emitido la declaratoria de su desaparición; c) se haya revocado el mandato de sus miembros por alguna de las causas graves que la ley local prevenga, siempre y cuando hayan tenido oportunidad suficiente para rendir las pruebas y hacer los alegatos que a su juicio convengan; d) se haya actualizado la renuncia o falta absoluta de la mayoría de los miembros del Ayuntamiento; y, e) no exista la posibilidad legal de que entren en funciones los suplentes ni que se celebren nuevas elecciones. En suma, por regla general, los Ayuntamientos deben ser elegidos por el voto popular y solo en casos de excepción la Legislatura Local podrá nombrar a un Concejo Municipal que cubra la dirigencia del Ayuntamiento por un determinado tiempo, aunado a que este nombramiento es individualizado y concreto, por lo que no podrá hacerse mediante una declaración general para varios Ayuntamientos. En ese tenor, el artículo sexto transitorio del Decreto Número 011, mediante el cual se reformaron diversas disposiciones de la Constitución del Estado de Chiapas, publicado en el Periódico Oficial de la entidad el 25 de noviembre de 2009 es inconstitucional, pues se emitió en circunstancias completamente ajenas a las referidas exigencias constitucionales, ya que, por un lado, los Concejos Municipales que se supone debería nombrar el Congreso de Chiapas no cubrirían un periodo no concluido de los actuales Ayuntamientos, sino que más bien fueron pensados para cubrir un periodo en el que no habría autoridades en los Municipios, situación derivada de la homologación de las elecciones locales y federales y, por el otro, tampoco se actualizó alguno de los restantes supuestos exigidos por el artículo 115, fracción I, constitucional.<sup>90</sup>

Sin duda alguna el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, como órgano especializado en materia electoral del Poder Judicial de la Federación, es también un elemento indispensable para la democracia mexicana, el Tribunal Electoral, en la medida de sus atribuciones y competencias, ha desarrollado un importante acervo jurisprudencial en materia de democracia municipal electoral. De manera que, a continuación, agregó una

<sup>90</sup> Tesis P/J55/2010, Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo xxxi, abril de 2010, novena época, p. 1562.



información que corresponde a la jurisprudencia 5/2012 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, esta se refiere a la competencia de los tribunales electorales locales para conocer de impugnaciones relacionadas con los derechos de acceso y permanencia en los cargos de elección popular. Esta jurisprudencia es importante porque el tribunal es consciente de que la descentralización de la función electoral es una obligación y una prerrogativa del federalismo mexicano, por lo que son los tribunales locales los que deben conocer de los asuntos electorales locales, invocando así al principio de definitividad.

COMPETENCIA. CORRESPONDE A LOS TRIBUNALES ELECTORALES LOCALES CONOCER DE IMPUGNACIONES VINCULADAS CON LOS DERECHOS DE ACCESO Y PERMANENCIA EN EL CARGO (LEGISLACIÓN DE YUCATÁN Y SIMILARES)

De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 79, párrafo 1, 80, párrafos 1, inciso *f* y 2, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral; y 19, fracción IV de la Ley del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral del Estado de Yucatán, se colige que el tribunal electoral de esa entidad federativa tiene atribuciones para conocer de violaciones al derecho de ser votado; en ese contexto, también debe estimarse competente para conocer de las impugnaciones vinculadas con el acceso y permanencia en cargos de elección popular, por estar relacionadas con el citado derecho. Por lo anterior, debe agotarse la respectiva instancia para cumplir con los requisitos de definitividad y firmeza exigibles para la procedencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.<sup>91</sup>

La jurisprudencia que a continuación adjunto tiene como objeto dar a conocer la interpretación que el tribunal electoral realizó de la normativa local para establecer así un criterio jurisprudencial que se refirió a uno de los integrantes del ayuntamiento: el regidor, por lo que es una jurisprudencia que aborda el tema municipal-electoral.

REGIDOR DE AYUNTAMIENTO. SU DIFERENCIA CON LOS REQUISITOS PARA SER DIPUTADO O GOBERNADOR (LEGISLACIÓN DE SINALOA)

De una interpretación de los artículos 25, fracción IV y 56, fracción V de la Constitución Política del Estado de Sinaloa, se desprende que el Constituyente local al establecer la normativa relativa a diputados y gobernador previó que no pueden ser electos al cargo determinados funcionarios, es decir, estableció de manera limitativa un catálogo de puestos y cargos relevantes (secretarios, subsecretarios, titulares de cualesquiera de las entidades de la administración pública estatal o paraestatal, Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia, Procurador General de Justicia, entre otros), que son incompatibles con aquellos de elección popular; en consecuencia, no es dable aspirar a una diputación o ejercer la titularidad del poder ejecutivo del Estado, sin haberse separado de estos al menos noventa días antes de los comicios de que se trate. Sin embargo, respecto de los regidores, solamente previó como incompatibilidad del cargo, tener empleo, cargo o comisión de los Gobiernos Federal,

<sup>91</sup> Jurisprudencia 5/2012, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 5, número 10, 2012, pp. 16-17.

Estatual o Municipal; así como ser titular, director o sus equivalentes, respecto de los organismos públicos paraestatales, en el entendido de que, quien pretenda ocupar el cargo en cuestión, deberá separarse de ellos, cuando menos noventa días antes de la jornada electoral. La intención del legislador es clara al no distinguir en la fracción III del artículo 115 que deba existir rango o nivel jerárquico en el cargo o empleo en cualquiera de los ámbitos de gobierno, para que sea incompatible con el cargo a regidor del ayuntamiento. La consideración anterior, adquiere mayor sustento al analizar lo preceptuado en la fracción III del artículo 32 de la Ley Orgánica Municipal, en el que reitera los requisitos que exige la constitución del Estado, para ocupar el cargo de regidor; con lo cual, se confirma la intención del constituyente al establecer diferentes requerimientos para ser diputado o gobernador, por un lado, y regidor del ayuntamiento, por el otro. Si bien es cierto que el juzgador debe interpretar el contenido de la ley haciéndola evolucionar para adaptarla a las nuevas circunstancias sociales y políticas, también lo es que, no puede romper con el ordenamiento legal y crear un sistema legislativo propio; es decir, debe perseguir el contenido jurídico que se encierra en la ley, de acuerdo con las circunstancias de toda índole que existen en el momento de aplicarla y desentrañar su verdadera finalidad.<sup>92</sup>

Sin duda alguna que el sistema de elecciones por usos y costumbres ha tomado una importancia considerable en el ordenamiento jurídico-electoral mexicano. El Tribunal Electoral no ha sido ajeno a ello y, fiel a su función garantista, estableció jurisprudencia que relaciona temas como: usos y costumbres, elecciones, legislación, Constitución, comunidades indígenas y municipio.

COMUNIDADES INDÍGENAS. LA AUTORIDAD ELECTORAL DEBE PROVEER LO NECESARIO PARA LLEVAR A CABO LAS ELECCIONES POR USOS Y COSTUMBRES (LEGISLACIÓN DE OAXACA)

De los artículos 2, apartado A, fracciones III y VII y 116, párrafo segundo, fracción IV, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 25, apartado C, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca; 58 y 125 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales de Oaxaca, se desprende que las autoridades electorales están obligadas a proveer lo necesario y razonable para que las comunidades indígenas elijan a los ayuntamientos conforme al sistema de usos y costumbres, propiciando, la conciliación, por los medios a su alcance, como es la consulta con los ciudadanos que residen en el municipio. La autoridad electoral, en ejercicio de sus atribuciones, debe procurar las condiciones que permitan llevar a cabo la celebración de los comicios.<sup>93</sup>

Finalmente, también relacionado con lo referente al sistema de elecciones por usos y costumbres, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, interpretando la norma fundamental en correspondencia con tratados internacionales firmados y ratificados por México como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

<sup>92</sup> Jurisprudencia 7/98, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, suplemento 2, año 1998, pp. 21-22.

<sup>93</sup> Jurisprudencia 15/2008, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 2, número 3, 2009, pp. 16-17.

sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, acaba por admitir que las normas consuetudinarias indígenas para la elección de sus autoridades o representantes ante los ayuntamientos tienen rango de normas consuetudinarias de carácter electoral, válidas para ser aplicadas en el recurso de reconsideración contra sentencias de las salas regionales del tribunal electoral.

RECURSO DE RECONSIDERACIÓN. PROCEDE CONTRA SENTENCIAS DE LAS SALAS REGIONALES CUANDO INAPLIQUEN [SIC] NORMAS CONSUE-TUDINARIAS DE CARÁCTER ELECTORAL

De la interpretación sistemática y funcional de los artículos 2, apartado A, fracciones III y VII; 99, párrafo sexto, 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como 61, párrafo 1, inciso b) y 62, párrafo 1, inciso a), fracción IV de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, se advierte que las sentencias dictadas por las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en las que se determine la inaplicación de normas consuetudinarias establecidas por las comunidades o pueblos indígenas, a través de los procedimientos ancestrales y aceptados por sus integrantes, para la elección de sus autoridades o representantes ante los ayuntamientos, admiten ser impugnadas a través del recurso de reconsideración, toda vez que el sistema normativo indígena debe considerarse integrante del sistema jurídico electoral mexicano y, por tanto, susceptible de ser inaplicado cuando se estime contrario a la Constitución Política Federal. Lo anterior, pues por virtud de su reconocimiento constitucional, todos los sistemas normativos de las diversas comunidades y pueblos indígenas del país, relativos a la elección de sus autoridades o representantes, deben considerarse integrados al sistema electoral mexicano, en cuanto que se trata de normas que, igual que las emanadas del proceso legislativo, comparten las características de ser generales, abstractas e impersonales, además de que su función es la misma, porque están destinadas a establecer las bases o el proceso conforme al cual se elegirán a quienes deban ocupar determinados cargos públicos.<sup>94</sup>

#### 4. CONCLUSIONES

Definitivamente, la doctrina municipalista contemporánea se inclina por la elección popular y directa de los miembros del ayuntamiento, salvaguardando el principio constitucional de representación proporcional, pero armonizándolo con la fórmula electoral de mayoría relativa, lo que constituye un régimen electoral mixto municipal. El método de elección y de integración de los ayuntamientos previsto por la Constitución Federal y comprendido también en la Constitución local y en la Ley Municipal del Estado de Nuevo León, aunque con su nota local distintiva, puede contribuir —como opina Teresita Rendón Huerta Barrera— a reforzar la autonomía municipal.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Jurisprudencia 19/2012, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 5, número 10, 2012, pp. 30-32.

<sup>95</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, p. 200.

Esto se debe acompañar, abrevando en las ideas de Teresita Rendón Huerta Barrera, «determinando tres esferas de funciones, armónicas e independientes; caracterizando el Estado municipalista».<sup>96</sup> Lo que consiste en que en el municipio se desarrollará una mayor profundización en las tradicionales funciones municipales (administrativa y legislativa/deliberativa), del municipio como verdadero poder del Estado. Una vez que se acepta que esto no es incompatible con la teoría del Estado federativo, sino una natural consecuencia del ejercicio del federalismo mexicano.

En Nuevo León, la Constitución local y la ley secundaria (Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal) disponen de un sistema electoral municipal de carácter mixto, que armoniza la mayoría relativa con la fórmula de representación proporcional. La ley de la materia contempla tres supuestos para la aplicación del sistema electoral de los ayuntamientos y se inscribe por un método para la integración de los ayuntamientos que es poblacional<sup>97</sup>. Estos supuestos son:

— El que se refiere a los municipios con población territorial que no exceda de doce mil habitantes. El ayuntamiento se integrará por un presidente municipal, un síndico, cuatro regidores por mayoría relativa y se asignarán regidurías por la fórmula de representación proporcional correspondientes.<sup>98</sup>

— El que se aplica a los municipios cuya población exceda de los doce mil habitantes, pero la población municipal no ascienda a más de cincuenta mil habitantes. En este caso, el ayuntamiento se integrará por un presidente municipal, dos síndicos, seis regidores y la asignación de regidurías por representación proporcional correspondientes.<sup>99</sup>

— En el caso de los municipios que perciban una población superior a los cincuenta mil habitantes. Los ayuntamientos en esta modalidad, según lo dispone la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del estado de Nuevo León, se integrarán por un presidente municipal, dos síndicos, seis regidores más uno por mayoría relativa por cada cien mil habitantes o fracción que exceda de dicha cifra, y en lo respectivo a la asignación de regidurías por fórmula electoral de representación proporcional establece que se asignarán las regidurías por el principio de representación proporcional que correspondan conforme a la ley electoral del Estado.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>97</sup> Este criterio es el más frecuente y Robles Martínez lo define como un criterio de integración de los ayuntamientos planteado en «las Leyes Orgánicas Municipales en cuanto a su número de miembros [...] atendiendo al número de habitantes que tenga cada municipio.» Ver Robles Martínez, Reynaldo, *El municipio*, 10<sup>a</sup> ed., Ed. Porrúa, México, 2013, pp. 212-213.

<sup>98</sup> Así lo establece la fracción I del artículo 15 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León. *Ibidem*.

<sup>99</sup> Así lo establece la fracción II, del artículo 15 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León. *Op. cit.*

<sup>100</sup> Así lo establece la fracción III, del artículo 15 de la Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León. *Ibidem*.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Adame García, Jorge Carlos (2011). *El derecho municipal en México. El municipio base fundamental del federalismo en México*. Segunda edición. México D. F.: Porrúa.

Arteaga Nava, Elisur (2012). *Derecho constitucional*. Tercera edición. México D. F.: Oxford.

Chaires Zaragoza, Jorge (2011). *El principio de representación proporcional en el sistema federal mexicano*. México D. F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Chordá, Frederic *et al.* (2012). *Diccionario de términos históricos y afines*. Madrid: Akal.

Dalton, Margarita (2012). *Democracia e igualdad en conflicto: las presidentas municipales en Oaxaca*. México D. F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social.

González Oropeza, Manuel (2010). *La dimensión constitucional del gobierno municipal*. México D. F.: H. Congreso del Estado de Guerrero. Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri. LIX Legislatura. Editora Laguna.

Hurtado, Javier (2012). *Representación política y municipio. El caso de la capital de Durango*. México: Tribunal Electoral de la Federación.

López Chavarría, José Luis (2005) *Las elecciones municipales en México*. Segunda edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Martínez Marín, Antonio (1989). *La representatividad municipal española. Historia legislativa y régimen vigente*. Universidad de Murcia. Murcia.

Orduña Rebollo, Enrique (2003). *Municipios y provincias, Federación Española de Municipios y Provincias*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Quintana Roldán, Carlos F. (2011). *Derecho municipal*. Décima edición. México D. F.: Porrúa.

Rendón Huerta Barrera Teresita (2007). *Derecho municipal*. Cuarta edición. México D. F.: Porrúa.

Robles Martínez, Reynaldo (2013). *El municipio*. Décima edición. México: Porrúa.

Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (2013). *La tutela judicial efectiva en materia de derechos político-electorales*. México D. F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Rodríguez Lozano, Luis Gerardo (2011). «Dos compases en el pensamiento político de León Duguit: reflexión constitucional y solución administrativa». En Correa *et al.* (Coordinadores). *Ensayos de derecho público en conmemoración del sesquicentenario del natalicio de León Duguit*. Monterrey: Lazcano Garza Editores.

Solorio Almazán, Héctor (2008). *La representación proporcional*. México D. F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Valencia Carmona, Salvador (2006). *Derecho municipal*. Segunda edición. México D. F.: Porrúa.

### *Jurisprudencia*

Jurisprudencia 5/2012, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 5, número 10, 2012, pp. 16 y 17.

Jurisprudencia 19/2012, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 5, número 10, 2012, pp. 30-32.

Jurisprudencia 15/2008, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, año 2, número 3, 2009, pp. 16-17.

Jurisprudencia 7/98, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, suplemento 2, año 1998, pp. 21-22.

Tesis P/J19/2013, Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro xx, mayo 13, tomo 1, p. 180.

Tesis P/J55/2010, Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo xxxi, 2010, p. 1562.

Tesis P/J45/2002, Pleno Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Oficial de la Federación y su Gaceta*, tomo xvi, 2002, p. 680.

### *Legislación*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto vigente, última reforma publicada Diario Oficial de la Federación, 10 de febrero de 2014, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de Servicios Parlamentarios. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, Congreso del Estado de Nuevo León, vigente, H. Congreso del Estado de Nuevo León.

[http://www.hcnl.gob.mx/trabajo\\_legislativo/leyes/pdf/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf](http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20ESTADO%20DE%20NUEVO%20LEON.pdf).

Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Gobernación; de Reforma del Estado; de Estudios Legislativo Primera, y de Estudios Legislativos, Segunda, a la Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogán diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia Político-Electoral, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, Número 5, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014.

Ley Orgánica Municipal del Estado de Nuevo León, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Legislación Local, <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/20/837/16.htm?s>>.

## II

# **ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA LOCAL Y RELACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES CON OTRAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS TERRITORIALES**





# EL MUNICIPIO EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN Y SU ORGANIZACIÓN JURÍDICA

Por *BAUDELIO CASTILLO FLORES*\*

## SUMARIO

I. Introducción a México 2014. II. Organización jurídica del municipio. III. Estructura jurídica del municipio a partir de 1917. IV. Estructura jurídica. V. Autoridades auxiliares. VI. Reglamentación orgánica municipal. VII. Derecho comparado. VIII. El panorama actual del municipio. IX. Algunos casos de Derecho comparado. X. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN A MÉXICO 2014

La libertad de acción de los municipios se encuentra seriamente limitada por la Constitución Federal misma. El artículo 115 constitucional es la columna que sostiene el marco jurídico del municipio, pero no existe una Ley Reglamentaria Federal que dé uniformidad a todos los municipios del país. Se han otorgado facultades adicionales, pero algunas han tenido resultados negativos y hasta nefastos, como en materia de asentamientos humanos y atribuciones en materia de desarrollo urbano, que ha provocado un verdadero caos, sobre todo en municipios pequeños y en áreas donde se asientan varios municipios conurbados, como los metropolitanos de Monterrey, Guadalajara, Torreón, Toluca, y muchas otras zonas del país que concentran importantes núcleos poblacionales. Estos conflictos se agravan cuando intervienen varios estados.

Otro aspecto importante del panorama municipal mexicano es la diversidad de reglamentos y demás disposiciones de origen municipal que rebasan los límites que señalan las leyes estatales, como es el caso de los reglamentos de construcción, policía y circulación vehicular, entre otros, que desembocan en un gran problema para toda la zona conurbada. Actualmente, la concentración de edificios muy altos autorizados sin medir las consecuencias de la aglomeración de vehículos en las mismas calles, sin proveer nuevas avenidas. De igual manera, la venta de bebidas alcohólicas y los horarios de los bares, resaltan la falta de uniformidad en los reglamentos municipales, lo cual se combina con una ausencia de uniformidad en los procedimientos de la policía y tránsito. Adicionalmente, algunos alcaldes se enfrentan con autoridades estatales por los asuntos más insignificantes, solo por acaparrar más notas en los noticieros.

En esta visión general del municipio mexicano aparecen los servicios públicos a cargo del municipio, que muestran un lamentable atraso, como la recolección de basura concesionada

---

\* Notario en María Luisa, Monterrey (México).

en contratos millonarios a empresas privadas. Actualmente, ni siquiera se pide a los vecinos la separación por clase de desecho. No omitimos mencionar que no se cuenta con una planta industrial para generar energía eléctrica suficiente para uso exclusivo del municipio. El atraso administrativo, la falta de preparación profesional de los políticos y los intereses económicos de los funcionarios municipales quedan a la vista, sin descartar casos de corrupción. En cuanto a las ciudades medias y pequeñas, fuera del área metropolitana, la situación no puede considerarse ni remotamente buena. El campo mexicano, destruido por la fragmentación posrevolucionaria, hizo un enorme daño a la economía del país, por el desabasto de muchos productos alimentarios, que ahora importamos en cantidades enormes, como es el caso del maíz, el frijol, trigo y el arroz, básicos en nuestra dieta. La revolución agraria fue otro experimento fallido, porque la agricultura a escala requiere grandes inversiones y la pequeña parcela ejidal no produce ni lo más indispensable y se quedó resignada a su propio fracaso. Nuevas medidas legislativas han tratado de revertir la fragmentación, pero estamos muy lejos de ser un país autosuficiente y mucho menos una potencia exportadora como Brasil o Argentina, que conservaron las grandes propiedades agrarias.

Las limitaciones que impone la realidad agraria dejan abierta, sin embargo, la puerta a industrialización de cualquier tipo para ocupar la mano de obra aún disponible, después de la migración de los millones de desempleados jóvenes hacia Estados Unidos (más de 10 millones).

Los municipios que caen en la categoría que estamos comentando viven de milagro, sin ingresos suficientes ni siquiera para atender los servicios públicos más básicos, con policía simbólica, sin servicios médicos, en cualquier forma deficientes, dependiendo del apoyo estatal o federal, ya que sus fuentes de ingresos fiscales no tienen mucho que recaudar, debido al fracaso agrario y la incipiente industria. Sin embargo, cuando se presenta la industria o la agricultura en grandes extensiones, los municipios vuelven a florecer y esta oportunidad es lo que esperamos que se vaya dando fuera de las zonas metropolitanas. Por ahora, la situación es desoladora para los municipios dependientes de la agricultura de pequeñas propiedades, ya sean privadas o ejidales. Son muchos los pueblos fantasmas en México; son muchas las regiones del país que fueron ricas por la agricultura y ahora son desiertos; son muchas las presas secas por el abandono; son millones de campesinos mexicanos que huyeron a Estados Unidos y también son millones los que quieren emigrar por el desempleo y, por supuesto, casi todos los municipios mexicanos fuera de áreas metropolitanas están en quiebra.

Es innecesario actualizar esta descripción desoladora, pues las cifras son más impresionantes, nos quedan solamente las áreas metropolitanas. Por ello, nuestro análisis se concentrará en ellas, tomando el ejemplo del estado de Nuevo León.

## **II. ORGANIZACIÓN JURÍDICA DEL MUNICIPIO**

### **El primer municipio de México**

El 10 de febrero de 1519 sale de La Habana Hernán Cortés, quien había estudiado en Salamanca sin concluir la carrera de Derecho. Bernal Díaz del Castillo describe la fun-

dación de la Villa Rica de la Vera Cruz, el 10 de julio de ese mismo año, en su conocida obra *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España* (Ed. Porrúa, México, p. 72). Se nombran dos alcaldes (uno civil y otro penal), cuatro regidores, un alguacil mayor, dos procuradores generales y un escribano (notario) del ayuntamiento, nombre dado al órgano de gobierno del municipio. Posteriormente, Cortés fue designado por el ayuntamiento como capitán del Ejército y Justicia Mayor; Veracruz es el primer municipio constituido de acuerdo con las leyes españolas en México. Ya con el carácter de gobernador y capitán general de la Nueva España, otorgado en 1523, Cortés autoriza a los municipios para expedir sus «ordenanzas».

Reynaldo Robles, en su obra *El municipio*, explica que este fue el primer órgano de gobierno formalmente reconocido en la Nueva España, porque el rey Felipe II expidió las Ordenanzas de la Población en 1573, reconociendo la autoridad de todo aquel pueblo o ciudad que instituyera su concejo municipal como forma de gobierno. Así, el Ayuntamiento de Veracruz fue el primer órgano de gobierno históricamente reconocido (*El municipio*, Editorial Porrúa, México D. F., 2013, p. 72). Los cargos municipales eran obtenidos por votación democrática (solo los españoles y criollos votaban), pero tanto el rey Carlos V como la reina Juana permitieron desde 1521 que se vendieran al mejor postor, siendo una persona apta para el cargo. Es decir, el municipio nació corrompido, según el autor citado.

Desde principios del siglo XVI se inicia la decadencia democrática del municipio, al permitir subastar los puestos y aun transmitirlos a otras personas.

La historia sería muy diferente si los reyes de España hubieran perpetuado la elección democrática de los ayuntamientos, ya que esta desafortunada medida pervirtió todo el sistema de gobierno de la Nueva España y fue heredada al México independiente.

Por algunos años después de la conquista existieron municipios indígenas donde la población indígena lo requería, pero cayeron en desuso al irse imponiendo la cultura española. En algunos estados aún persisten, pero respetando sus «usos y costumbres».

Posteriormente, en el virreinato temprano, aparecieron otros funcionarios municipales, a saber: los alcaldes mayores, corregidores, alguaciles mayores, depositarios y los alféreces reales. El maestro Reynaldo Robles, citado anteriormente, resume la organización temprana del municipio virreinal de la siguiente manera: el corregidor, dos alcaldes (civil y penal), los regidores (en número variable de 1 a 12 según la población), el alférez real, un procurador general y un alguacil mayor (*El municipio*, Reynaldo Robles, Editorial Porrúa, México D. F., 2013, pp. 72 y ss.).

### III. ESTRUCTURA JURÍDICA DEL MUNICIPIO A PARTIR DE 1917

En los debates para adoptar la Constitución de 1917, los principios fundacionales propuestos inicialmente por Carranza para el municipio fueron:

— La base de la división territorial es el municipio.

- La organización política de los Estados, es el municipio libre.
- El municipio será administrado por un ayuntamiento de elección directa.
- No habrá autoridad intermedia entre el municipio y el Gobierno del estado.

La redacción final del art. 115 de la Constitución de 1917, quedó como sigue:

Art. 115.- Los estados adoptarán, para su régimen anterior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

I.- Cada municipio será administrado por un ayuntamiento de elección popular directa, y no habrá ninguna autoridad intermedia entre este y el gobierno del Estado.

II.- Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de las contribuciones que señalen las legislaturas de los Estados y que, en todo caso serán los suficientes para atender a las necesidades municipales, y

III.- Los municipios serán investidos de personalidad jurídica para todos los efectos legales.

El Ejecutivo Federal y los Gobernadores de los Estados tendrán el mando de la fuerza pública en los municipios donde residieran habitual o transitoriamente. Los Gobernadores Constitucionales no podrán ser reelectos ni durar en su encargo más de 4 años.

Son aplicables a los gobernadores, substitutes o interinos, las prohibiciones del artículo 83.

El número de representantes en las legislaturas de los estados será proporcional al de los habitantes de cada una, pero en todo caso, el número de representantes de una legislatura local no podrá ser menor de 15 diputados propietarios.

En los Estados cada distrito electoral nombrará un diputado propietario y un suplente.

Solo podrá ser gobernador constitucional de un estado, un ciudadano mexicano por nacimiento y nativo de él, o con vecindad no menor de 5 años, inmediatamente anteriores a la elección.

La redacción original ha sido modificada en once ocasiones, con diversos motivos, algunos de ellos, por simple conveniencia política, como es el caso de la representación proporcional para las minorías en las elecciones municipales. (Frac. VIII).

Otras modificaciones actualizan la función municipal, como lo relacionado con las relaciones laborales entre el municipio y sus trabajadores, pero las leyes correspondientes las expide el Estado y no el municipio (fracción VIII). También los nuevos campos legislativos han tenido su reflejo en el marco jurídico municipal, como las participaciones en los impuestos federales (fracción IV), así como las facultades en materia de desarrollo urbano (fracción V). También se ajustó el número de reelecciones (fracción III). Se reconoció el derecho de voto para las mujeres en 1947 (fracción I), pero al reformarse la Constitución federal en 1953. Se derogó por innecesario. En 1976 se incluyó el tema de los asentamientos humanos (fracción IV y V). Los partidos minoritarios fueron reconocidos al otorgarles regidurías proporcionales para los municipios de 300 000 habitantes (fracción III). En 1983 se volvió a considerar que el centralismo era excesivo; en consecuencia, se hizo un

listado de atribuciones mínimas a cargo del municipio, previendo que los estados apoyen a los municipios que no estén en condiciones de cumplir con dichas atribuciones. Lo mínimo es agua potable y alcantarillado; disposición de desechos, iluminación pública, mercados y centros de abastos, panteones, funcionamientos de rastros, cuidado de calles, plazas y jardines públicos, seguridad pública, tránsito y las demás que les asigne la ley.

Se atiende en esta reforma, al debido proceso para someter a juicio para suspender o revocar el mandato a algún miembro del ayuntamiento por parte de la legislatura del Estado. Se dejó al criterio de las legislaturas de los Estados cuáles servicios podrán prestar los municipios según sus posibilidades.

En finanzas, se les reservó el impuesto sobre adquisición de inmuebles y todo lo referente a operaciones inmobiliarias; además, cuentan con una participación anual sobre los impuestos federales, que se entrega por medio de las tesorerías estatales y no de manera directa a cada municipio, lo cual parece injusto, pero la entrega directa supuestamente abrumaría a las autoridades federales. Es causa de constantes controversias.

Existe otra fuente de controversias constantes y enconadas en cuanto a la legalidad y la amplitud de los reglamentos, ordenanzas, bandos, etcétera. En general, las diferencias de opinión derivan de aquellas disposiciones de los reglamentos municipales, que aun cuando tienen su respaldo en ley estatal, rebasan en sus disposiciones los contenidos de las leyes que las fundamentan. Por ejemplo, un reglamento municipal sobre construcción que autorice construcciones precarias, o rascacielos sin estacionamientos para autos, o bien, edificios cimentados sobre los cauces de los ríos o arroyos, así también edificios sobre laderas de la montaña cuando la pendiente es altamente peligrosa y por lo tanto prohibida. Estos problemas son reales y frecuentes y allegan muchos conflictos a los Tribunales, es decir, no solo para la autoridad local, sino para el tribunal que debe decidir las controversias.

Se da el caso de que los vecinos mismos demandan a las autoridades municipales en el Tribunal Administrativo, y ante la Procuraduría de Justicia (Penal) por autorizar construcciones en contra de la ley estatal o del propio reglamento. Los ejemplos abundan.

La limitación impuesta al municipio en cuanto a ser administrador no le alcanza para dictar sus propias leyes y, por lo tanto, debe respetar la letra de la ley aprobada por el Congreso del Estado.

El autor Reynaldo Robles señala algunas excepciones a la regla: Los estados de México y Oaxaca otorgan facultades legislativas en todo lo concerniente a las atribuciones municipales; el estado de Coahuila integra a sus municipios en toda reforma a la Constitución federal y el de Baja California autoriza a legislar en todo lo que no esté reservado al Estado ni a la Federación.

Adicionalmente, se nota mayor intervención de grupos sociales en lo referente a horarios de cierre para venta de bebidas alcohólicas, en urbanismo y en seguridad pública.

En cuanto al transporte público, los usuarios están cada vez más sensibles a los aumentos por la prestación de servicios, ya sean prestados por el municipio o por concesionarios, como el transporte público. Cuando involucran a varios municipios, crece la protesta ciudadana, pero es aún débil.

Aclaremos que los precios se fijan unilateralmente por el Estado (Agencia Estatal del Transporte) y que no existe el referéndum ni algún otro instrumento de consulta real de la ciudadanía.

Nos enfrentamos, día a día, en todo el país, a un mundo de discrecionalidades, abusos y arbitrariedades de las autoridades municipales, que se acompañan de corrupción y también de delitos (peculado) que no tienen castigo, a pesar de las denuncias en la prensa y la comprobación de los delitos y faltas por investigaciones periodísticas serias.

En 1987 se estudió el contenido del artículo 115 constitucional referente al municipio, para excluir lo que no fuera estrictamente del municipio (VIII). Lo más relevante es el reconocimiento a la representación proporcional en favor de los partidos perdedores en las elecciones. Las relaciones laborales se rigen por la ley del estado.

En 1999 se volvió a reformar el artículo 115 para precisar que el municipio no administra, sino que gobierna por medio del ayuntamiento. Se aborda el delicado asunto de la dependencia municipal respecto de las leyes estatales, causa de crecientes tensiones ocasionadas por municipios rebeldes que quisieran poder tener facultades legislativas. La Constitución federal no lo permite.

La reforma de 1999 hace un listado de los servicios públicos a cargo del municipio, pero se observa que algunos de ellos nunca los presta el municipio, como agua potable, drenaje sanitario y drenaje pluvial y que en áreas metropolitanas, el transporte público como el metro, los tranvías y transportes masivos intermunicipales, los autoriza al estado como en Nuevo León, porque rebasan la capacidad municipal, así que solo quedan: el alumbrado público, los parques, jardines y la recolección de la basura, los pavimentos, y la seguridad pública.

El municipio seguirá proponiendo al Congreso del Estado los cobros por impuestos, derechos, y aprovechamientos. La decisión es inapelable hasta que se cambie la estructura jurídica del municipio en la Constitución federal.

#### **IV. ESTRUCTURA JURÍDICA**

El municipio mexicano ha sido fiel, en extremo, a la estructura aportada por la antigua ley española. Las únicas excepciones serían algunas pocas poblaciones indígenas (Chiapas, por ejemplo) en las que se elige en asamblea un jefe de población a quien se entrega «el bastón de mando». Nuestro municipio actual es, no obstante, un reflejo un tanto inexacto del que fundó Hernán Cortés hace casi 500 años.

Los integrantes, en su base, no han cambiado: un presidente municipal con facultades supremas, que antes se elegía por los demás integrantes del cabido y ahora se eligen por toda la población mayor de 18 años cada 3 años. Son los representantes del municipio. Los regidores, por otra parte, elegidos por la ciudadanía del distrito electoral que corresponda integran el órgano colegiado. Aprueban por mayoría las propuestas del presidente municipal, integran comisiones de trabajo en todas las áreas de la administración, que ahora es extensa y compleja por las tareas a desarrollar.

Los síndicos se integran al ayuntamiento con voz y voto, y son elegidos por toda la población, tienen la representación jurídica del municipio, manejan la hacienda municipal, presidiendo la comisión correspondiente, que a su vez, controla al tesorero; la eficiencia de la tesorería, en cuanto a cobros, ingresos, multas, bonificaciones de impuestos y los otros ingresos.

Asimismo, los síndicos del ayuntamiento dirimen las controversias sobre límites de propiedades entre particulares. Los síndicos también son elegidos por la población total mayor de 18 años en votaciones directas.

## **V. AUTORIDADES AUXILIARES**

Existen estados que autorizan a los municipios a tener delegaciones, como una extensión del ayuntamiento con facultades limitadas. Además, existen las figuras auxiliares de jefes de sección, jefes de manzana, comisarios y jueces auxiliares, con facultades similares que apoyan al ayuntamiento para dar fe de ciertos hechos, sin facultades para tomar decisiones a nombre del cabildo. Cada estado tiene su propia terminología. La idea es acercarse al barrio o al sector que está lejano. De la misma manera, hay delegaciones de policía y tránsito, oficinas municipales de tesorería, de parques, de rastro y mercados de abastos, etcétera.

Aclaremos que el Distrito Federal tiene un estatus especial, extraordinariamente amplio, con poder legislativo propio, llamado Asamblea Legislativa; además de su Poder Judicial y Delegaciones dependientes del Jefe de Gobierno del Distrito Federal. Por lo tanto, lo expuesto en este estudio no comprende la compleja organización, que por cierto, en nuestra opinión, debería rediseñarse a la brevedad dividiéndolo en ciudades y no en delegaciones, con órganos colegiados para los asuntos de intereses compartidos.

En la obra *El Municipio* Reynaldo Robles Martínez, Editorial Porrúa, México, 2013, hace una relación de las múltiples diferencias que existen en las constituciones de los estados, lo cual, no deja de sorprender, debido a las diferencias regionales del país.

Nuestro campo de estudio se concentra en la estructura jurídica del municipio en el estado de Nuevo León, en el cual existe una Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal que se deriva de la Constitución Estatal, la cual está plena de limitaciones para el desarrollo municipal que provienen de la Constitución Federal. Nuestra realidad jurídica presenta entre otras, las siguientes características:



— El municipio no puede autootorgarse su propia carta constitutiva, por lo tanto, no tiene libertad de organizarse y gobernar con plenitud.

— No tiene poder para emitir leyes sobre los asuntos municipales. No hay asamblea legislativa. Las leyes municipales provienen del Congreso.

— Tampoco tiene un poder judicial municipal autónomo.

— En materia fiscal, no puede ordenar impuestos, derechos ni aprovechamientos, pues es el Congreso del Estado quien tiene dichas facultades.

— Su gestión es supervisada por las autoridades del Estado mediante la Auditoría Superior del Estado.

— El Congreso del Estado es el que aprueba el presupuesto municipal, no hay autonomía financiera, lo que significa que la totalidad de impuestos, derechos y aprovechamientos sean aprobados por el Congreso del Estado en una ley especial, a propuesta directa del municipio.

— La influencia de los funcionarios del Congreso y del Gobierno del Estado pesa considerablemente sobre el Congreso.

— Otras fuentes de presión política no gubernamental son los sindicatos, maestros, obreros, campesinos, burócratas, etcétera, que logran siempre una cuota de participación en la designación partidaria de candidatos a Síndico y de regidores de todos los municipios limitando las elecciones verdaderamente libres y abiertas. No hay candidaturas independientes hasta ahora.

— Los grupos económicos, las asociaciones de vecinos, la prensa, la radio y la televisión también influyen sobre la opinión pública a favor o en contra de la autoridad municipal, pero generalmente solo en las ciudades.

— La integración del ayuntamiento o cabildo se logra por elección popular directa cada tres años, así, tanto el presidente municipal como los regidores y síndicos son elegidos, no designados por las autoridades estatales. Sin embargo, los candidatos son seleccionados por los partidos sin consultas ciudadanas, de tal manera que frecuentemente nadie conoce a los nuevos funcionarios y en cuanto a síndicos y regidores son desconocidos aun en su propio distrito, porque ya están seleccionados por su partido y no existe el servicio público de carrera. Por lo tanto, no llegan a tener apoyo a la ciudadanía de su distrito. No existe el servicio de carrera política estable no solo en el municipio, sino en el Estado, de tal forma que cada tres años en el municipio y seis en el Estado, hay una renovación total de funcionarios de los primeros niveles, perdiéndose lastimosamente la experiencia adquirida, lo cual fomenta que se aprovechen los puestos públicos para hacer negocios personales y atender superficialmente los casos de interés para el municipio. Esta autodestrucción es causa de la pobreza administrativa y el atraso en la forma de gobernar de los municipios, condenados a la improvisación, arribismo, ignorancia y corrupción municipal.

— No hay un procedimiento forzoso por faltas de los funcionarios, lo que impide el castigo que debería aplicarse por lo menos a casos graves, alentando la impunidad financiera que prevalece en todo él.

— No omitimos mencionar lo obscuro de los tratos municipales, tanto en la celebración de contratos con bancos, particulares y del sector público, especialmente lo relacionado con la obra pública, como con los contratos y concesiones millonarios para la prestación de servicios subrogados.

La oscuridad financiera se inicia porque el municipio puede demostrar cuánto se gastó, pero nunca sabremos cuánto ingresó a las arcas de la tesorería y ninguna ley llega hasta esa comprobación. No hay control de los descuentos y exenciones no autorizadas por la ley, hace falta un control contable computarizado a prueba de manipulaciones.

## VI. REGLAMENTACIÓN ORGÁNICA MUNICIPAL

La Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal de Nuevo León (1991) y el artículo 118 de la Constitución del Estado disponen que los municipios funcionen de la siguiente manera:

[...] son independientes entre sí. Cada uno será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un Presidente Municipal y el número de Regidores y Síndicos que la Ley determina. La competencia que otorga esta constitución al gobierno municipal se ejercerá por el Ayuntamiento de manera exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre este y los Poderes del Estado. La Administración Pública Municipal se conformará y organizará según determine la Ley respectiva.

La independencia funciona en casos aislados. La independencia de los municipios se afecta cuando hay conurbación y cuando hay transporte de cosas y personas de manera continua, también cuando se realizan obras públicas que interesan a varios municipios; entonces, la libertad de las áreas conurbadas es relativa. Se trata de una autonomía administrativa abstracta, porque en la vida diaria, los municipios están enlazados con el Estado por la economía y la política.

El número de regidores y síndicos es señalado por la Ley Orgánica de la Administración Municipal del Estado en su artículo 15:

- i.- Cuando la población no exceda de 12,000 habitantes habrá 1 presidente municipal, el síndico y 4 regidores de mayoría relativa y los regidores de la representación proporcional que corresponde.
- ii.- En los municipios cuya población exceda de 12,000 habitantes pero que sea inferior a 50,000 habitantes, habrá un presidente municipal, seis regidores de mayoría relativa y los regidores de mayoría proporcional que correspondan.
- iii.- En los municipios cuya población sea superior a 50,000 habitantes, habrá un presidente municipal, dos síndicos y los siguientes regidores: En el caso de mayoría

relativa, 6 regidores más uno por cada 100 000 habitantes o fracción que exceda de dicha cifra; y en el caso de los regidores por representación proporcional, los que corresponden según la Ley Electoral del Estado.

Nuestra opinión es que los regidores de representación proporcional no ayudan a la democracia, porque acaban corriendo entre los regidores que ganaron por mayoría y que son de partidos contrarios. Abren y cierran puertas, pero no ayudan a la ciudadanía.

Nuevo León refleja la concentración de la población en la zona metropolitana de Monterrey (Censo del 2010 con 4 000 000 de habitantes y 200 000 en los 50 municipios restantes). Existe una gran mayoría de municipios pequeños y solo 3 municipios de gran población concentrados en la zona metropolitana. Fuera de dicha zona, solo hay 4 ciudades que pasan de 20 000 habitantes, pero prevalecen las poblaciones muy pequeñas. Las foráneas, con vocación agrícola y ganadera, incluso, algunas de ellas son habitadas en su mayoría por personas mayores ya que sus hijos emigraron en la capital del Estado o a Estados Unidos, aprovechando la frontera con Texas, por ejemplo General Treviño, Parás, China, Dr. Arroyo, Bravo y Vallecillo, que son pueblos fantasmas.

### **Atribuciones: las atribuciones municipales**

El artículo 26 de la Ley Orgánica ordena que el municipio debe prestar el servicio de agua y drenaje sanitario, tratamiento y disposición de agua residuales. En el estado de Nuevo León estos servicios los ha prestado el Estado de manera exclusiva, mediante un organismo descentralizado.

Los municipios están liberados de estas obligaciones y no cooperan en su financiamiento, como debería de ser. Lo mismo ocurre en el tema financiero del drenaje pluvial y grandes obras para el tránsito vehicular del área metropolitana. Las obras viales que no cruzan los límites municipales sí se ejecutan por cada municipio. Existe también, dentro de grupos de grandes obras a cargo del Estado como los ejes viales, el metro, los transportes públicos intermunicipales (autobuses, trenes ligeros y equivalentes) y la red de distribución de las aguas negras ya tratadas que son aptas solo para usos industriales. Dicha red comprende toda el área metropolitana, ya que toda el agua se reutiliza.

El alumbrado público, que el municipio proporciona a toda la población, se paga por el municipio a la Comisión Federal de Electricidad. Los municipios no tienen plantas para generar la energía que consuman.

Estimamos que es recomendable que los municipios se autoabastezcan de electricidad usando la basura. Sin embargo, se prefiere entregar el servicio de recolección de basura a negocios particulares a cambio de contratos de exclusividad por largo plazo, lo cual levanta sospechas de favoritismos y aun de corrupción, según opinan los partidos opositores. Los desechos de ciertos establecimientos que son peligrosos o contaminantes se rigen por leyes federales.

En conexión estrecha con el tema anterior, tenemos la obligación de mantener la ciudad limpia y los pavimentos en condiciones óptimas. El sistema de concesión a largo plazo de recolección de desechos ha quedado desprestigiado, pero debemos agregar que el municipio se hace cargo de la limpieza de las calles, puentes peatonales, la pintura del mobiliario urbano, la limpieza de los parques públicos, el riego y mantenimiento de los jardines, los viveros municipales, la pavimentación de las calles y, en general, el arreglo de la ciudad y de los edificios municipales. Estos servicios implican una gran cantidad de personas y equipos, aun para las ciudades medianas. En las ciudades grandes involucran a multitudes de empleados y un considerable gasto en maquinaria y equipo que significan mucho desembolso para el municipio.

En cuanto a los mercados públicos, mercados de abastos, panteones, rastros, por el contrario, no implican grandes presupuestos ni mucho personal, porque se manejan por sus administraciones propias; el descuido y la insalubridad.

En general, no hay un sistema de mercados públicos, como sí existe en la Ciudad de México. En los que existen en Monterrey, prevalece el descuido y la insalubridad. Las facultades municipales comprenden, de manera exclusiva el tránsito de vehículos. La policía preventiva es municipal, pero escasa y de poca calidad profesional.

El Ayuntamiento tiene el deber de coordinarse con las autoridades estatales y federales, no solo en cuanto a sus políticas y programas de gobierno, sino auxiliarlas dentro de su territorio. Así, hay una compleja red de sinergias con los tres niveles de Gobierno.

## **Atribuciones del ayuntamiento**

Art. 26.- Son atribuciones y responsabilidades de los Ayuntamientos: (Ley Orgánica)

a) En materia de Régimen Interior:

- i. Prestar, en su circunscripción territorial, en los términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Constitución Política del Estado y de la presente ley, los servicios públicos de agua potable, drenaje y alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales; alumbrado público, limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos; mercados y centrales de abastos; panteones; rastro; calle, parque y jardines y su equipamiento; seguridad pública, en los términos del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, policía preventiva y tránsito, así como los demás que se determinen conforme a los ordenamientos señalados. Para tal efecto, en los casos en que los Municipios no cuenten con los bandos o reglamentos correspondientes, se tendrá a lo dispuesto por la presente Ley y por las demás disposiciones aplicables.
- ii. Realizar sus políticas y programas de Gobierno, en coordinación con otras entidades de los gobiernos estatal y federal y de la sociedad civil.
- iii. Auxiliar en su circunscripción territorial a las autoridades federales y estatales.
- iv. Sujetar los servicios de seguridad pública a las disposiciones que sobre la materia se especifican en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en

- la Constitución Política del Estado de Nuevo León y en sus leyes reglamentarias.
- v. Celebrar por razones de interés común, convenios de coordinación con otros Ayuntamientos o instancias de Gobierno.
  - vi. Rendir a la población, por conducto del Presidente Municipal, un informe anual del estado que guarda los asuntos municipales y del avance de los programas de obras y servicios.
  - vii. Elaborar, aprobar y actualizar los Reglamentos Municipales necesarios para el mejor funcionamiento del Ayuntamiento en beneficio general de la población de conformidad con las Bases Generales que contiene esta ley.
  - viii. Aprobar los nombramientos y remociones del Secretario del Ayuntamiento y del Tesorero Municipal propuestos por el Presidente Municipal.
  - ix. Solicitar al Gobierno del Estado o al Gobierno Federal, en su caso, la expropiación de bienes por causas de utilidad pública.

b) En materia de Administración Pública Municipal:

- i. Elaborar, presentar y publicar, en el curso de los tres primeros meses a partir de la fecha de la instalación del Ayuntamiento, el Plan Municipal del Desarrollo correspondiente a su periodo constitucional de Gobierno y derivado de este los programas de obras y servicios públicos de su competencia.
- ii. Constituir los órganos de planeación municipal que le corresponden.
- iii. Establecer y aplicar los sistemas de actualización, ejecución, seguimiento y evaluación del Plan Municipal de Desarrollo y sus respectivos programas.
- iv. Proveer la conservación de los edificios públicos municipales y aumentar el patrimonio municipal.
- v. Establecer y actualizar el sistema municipal de información económica, social y estadística de interés general.
- vi. Constituir, organizar y preservar los archivos históricos municipales.
- vii. Elaborar y publicar, en coordinación con las autoridades competentes, el Catálogo del Patrimonio Histórico y Cultural del Municipio, vigilando su preservación y determinando cuáles construcciones y edificios no podrán modificarse.
- viii. Presentar y aprobar iniciativas que tiendan a fortalecer la autoridad y la capacidad de gestión del Ayuntamiento, en la misión de este, como primer nivel de la administración pública para atender los requerimientos comunitarios de obras y servicios públicos.
- ix. Autorizar, de acuerdo a lo establecido en esta Ley y demás disposiciones legales correspondientes, a propuesta del Presidente Municipal, la creación y supresión de dependencias y organismos descentralizados, para el mejor cumplimiento de los programas de obras y servicios públicos municipales.
- x. Resolver en los términos convenientes para la comunidad, los casos de concesión de servicios públicos de su competencia, con excepción de los de Seguridad Pública, Tránsito y Transporte Colectivo.
- xi. Establecer en las disposiciones reglamentarias correspondientes el monto de las penas pecuniarias y otras sanciones que procedan por la violación o incumplimiento de las disposiciones legales aplicables.

c) En materia de Hacienda Pública Municipal:

- i. Someter oportunamente a la revisión y aprobación del H. Congreso del Estado, el Presupuesto de Ingresos Municipales, que debe regir durante el ejercicio fiscal del año siguiente, con base en el Artículo 128 de la Constitución Política del Estado.

- ii. Elaborar sus presupuestos anuales de egresos.  
(Reformada, P.O. 26 de enero de 1996)
- iii. Someter anualmente para examen y en su caso aprobación del Congreso del Estado, durante los primeros tres meses de cada año, la Cuenta Pública Municipal correspondiente al año anterior.
- iv. Glosar las cuentas del Ayuntamiento anterior, en término de 90 días contados a partir de la fecha de instalación del Ayuntamiento en funciones.
- v. Formular y entregar al Ayuntamiento entrante los archivos, documentos y comprobantes de ingresos y egresos, el balance general, el estado de resultados del ejercicio presupuestario de ingresos y egresos correspondientes al último año de su gestión, un informe detallado del Patrimonio Municipal y de los bienes que integran la Hacienda del Municipio.
- vi. Publicar en la Gaceta Municipal y en el Periódico Oficial del Estado, la síntesis de los presupuestos anuales de egresos; la síntesis del Plan Municipal del Desarrollo; los Reglamentos Municipales, circulares y disposiciones administrativas de observancia general en el Municipio.
- vii. Publicar trimestralmente en la tabla de avisos del Ayuntamiento o en el periódico de mayor circulación en el municipio, el estado de origen y aplicación de recursos.
- viii. Enviar trimestralmente al Congreso, los documentos y estados financieros que comprenderán la balanza de comprobación, el balance general y el estado de resultados del ejercicio presupuestario de ingresos y egresos que corresponda a la fecha.  
(Reformada, P.O. 22 de julio de 2005)
- ix. Autorizar la contratación de créditos para inversiones públicas productivas, previo acuerdo de las dos terceras partes de los integrantes del Ayuntamiento, de conformidad con lo previsto en la presente Ley.  
(Reformada, P.O. 22 de julio de 2005)
- x. Autorizar, previo el acuerdo tomado por las dos terceras partes de los integrantes del Ayuntamiento, la enajenación de sus bienes inmuebles, así como el gravamen de los mismos en los casos que exceda del periodo de la Administración Municipal. Cuando el gravamen no rebasara el término del mandato constitucional, se requerirá el acuerdo de la mayoría de los integrantes del Ayuntamiento.

d) En materia de Desarrollo Económico y Social:

- i. Fomentar la participación de la comunidad en los programas de obras y servicios públicos.
- ii. Fomentar el desenvolvimiento de la cultura, el deporte, las actividades recreativas de sano esparcimiento, el fortalecimiento de los valores históricos y cívicos del pueblo, así como el respeto y aprecio a los símbolos patrios.
- iii. Coadyuvar al desarrollo de las actividades económicas que repercutan en el mejoramiento de los niveles de vida de la población.
- iv. Apoyar los programas de asistencia social.
- v. Con base en las leyes y los reglamentos de la materia, conducir el adecuado desarrollo urbano de las localidades del Municipio para bienestar general de sus habitantes, como tarea de Gobierno de la más elevada prioridad social.
- vi. Garantizar la participación social y comunitaria en la toma de decisiones colectivas, estableciendo medios institucionales de consulta y descentralizando funciones de control y vigilancia en la construcción de obras o prestación de los servicios públicos;

- vii. Procurar la prestación gratuita de servicios de colocación laboral o profesional para promover el mayor número de empleos a los habitantes de su jurisdicción.
  - viii. Promover, en el ámbito de su competencia el mejoramiento del nivel cívico de sus habitantes.
  - ix. Promover las actividades cívicas, culturales y deportivas que le correspondan.
- Las demás que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado de Nuevo León, la presente Ley y los ordenamientos jurídicos relativos.

De las atribuciones municipales, resulta el hecho de que las grandes obras viales y de transporte colectivo corren a cargo del Estado, así como los servicios de agua, drenaje sanitario, drenaje pluvial, tratamiento de aguas negras, distribución en redes subterráneas a la industria de las aguas tratadas cuando ya están en condiciones de uso industrial. El costo de estas obras rebasa cualquier presupuesto municipal.

En cuanto a la seguridad pública está sujeta a toda la legislación federal, la estatal y sus leyes reglamentarias, lo cual no evita los enfrentamientos entre autoridades policiacas.

El presidente municipal debe presentar un informe anual de su gestión, pero esto pasa desapercibido. Se debe nombrar al Secretario del Ayuntamiento y al Tesorero Municipal, ya que no son electos.

En los primeros tres meses de la administración se debe presentar y publicar el plan municipal de desarrollo urbano y todo lo correspondiente a su ejecución, lo que provoca conflictos legales por las inconformidades de los ciudadanos.

En materia del personal municipal, debe conformar, revocar y hacer nuevos nombramientos del personal municipal. No hay carrera de servicio civil municipal, aun cuando sí hay sindicato que impide el despido sin indemnización. Generalmente, se despide a casi todo el personal para contratar a las personas que aprueba el nuevo presidente.

Otorgar concesiones de servicios públicos (basura, jardinería, pavimentación, obras públicas municipales, medicamentos para las clínicas municipales, etcétera. No se puede otorgar concesión en seguridad pública y tránsito.

Cada año, el municipio debe someter al Congreso su presupuesto de ingresos, solicitando la autorización de los ingresos fiscales del año. Así mismo, elaborar su presupuesto de egresos. El Congreso del Estado debe recibir la cuenta pública del año anterior para su aprobación y glosar las cuentas del ayuntamiento anterior en 90 días.

Asimismo, cada tres meses debe publicar un estado detallado de su contabilidad y el origen y aplicación de recursos en el diario de mayor circulación o en la tabla de avisos municipal.

Los créditos que obtenga deberán ser aprobados por las dos terceras partes del ayuntamiento. Así mismo, las ventas de bienes municipales y sus gravámenes. La venta de terrenos, ha dejado a los municipios sin inmuebles de valor.

## Facultades y obligaciones del presidente municipal

(Ley Orgánica)

Art. 27.- El Presidente Municipal tiene a su cargo la representación del Ayuntamiento y la ejecución de las resoluciones del mismo, teniendo además, las siguientes facultades y obligaciones:

- I. Planear, programar, presupuestar, coordinar y evaluar el desempeño de las unidades administrativas de la Administración Pública Municipal que se creen por acuerdo del Ayuntamiento en cumplimiento de esta Ley.
- II. Cumplir y hacer en el municipio la presente Ley; las leyes, los reglamentos y demás disposiciones del orden municipal, estatal y federal, y conducir las relaciones del Ayuntamiento con los poderes del Estado y de la Federación, así como con otros Ayuntamientos de la Entidad.
- III. Convocar y presidir las sesiones del Ayuntamiento; y ejecutar los acuerdos y decisiones del mismo.
- IV. Ordenar la promulgación y publicación de los reglamentos, acuerdos y demás disposiciones administrativas del Ayuntamiento que deben regir en el Municipio y disponer la aplicación de las sanciones que corresponda.
- V. Informar a la población, en sesión pública y solemne del Ayuntamiento que debe celebrarse al final de cada año, del estado que guarda la administración y del avance del plan y de los programas municipales durante ese año.
- VI. Proponer al Ayuntamiento, las comisiones en que deben integrarse los Regidores y el (los) Síndico (s) Municipales.
- VII. Presentar a consideración del Ayuntamiento para su aprobación, las propuestas de nombramientos y remociones del Secretario del Ayuntamiento y del Tesorero Municipal.
- VIII. Conducir la elaboración del Plan Municipal de Desarrollo y de sus programas anuales de obras y servicios públicos, y vigilar el cumplimiento de las acciones que le correspondan a cada una de las dependencias de la administración municipal.
- IX. Promover la organización y participación de la comunidad en los programas de desarrollo municipal.
- X. Celebrar todos los actos, convenios y contratos necesarios para el despacho de los asuntos administrativos y la atención de los servicios públicos municipales.
- XI. Informar, durante las sesiones ordinarias de Ayuntamiento, del estado de la administración municipal y del avance de sus programas.
- XII. Promover la formación de los Organismos Municipales de Planeación y presidir sus reuniones de trabajo.
- XIII. Vigilar la correcta administración del Patrimonio municipal.
- XIV. Disponer el nombramiento de los funcionarios del municipio que le correspondan de conformidad a las disposiciones reglamentarias que emita el Ayuntamiento.

Representa al ayuntamiento. Es responsable de la administración municipal, de hecho, es la única persona conocida para la comunidad, ya que los ayuntamientos son anónimos para el pueblo. La razón es muy simple: todos ellos representan y se identifican con un sindicato ya sea de obreros, sindicatos de la educación, industriales, etcétera, quienes a su vez fueron seleccionados por un determinado partido político, así que no hay un historial de los beneficios que hayan logrado para la sociedad. Los partidos los designan



candidatos. No hay candidatos independientes, ciudadanos que sean libres, es decir, que no estén afiliados a ningún partido. Nuestra opinión es que el presidente representaría al ejecutivo municipal y el cabildo debería estar representado por el que fuera presidente del cabildo como cámara deliberante.

La legislatura del Estado, por medio de los representantes de los principales partidos políticos, ha salido a la prensa el 2 de febrero y «descartan aprobar candidatos independientes» en 2015 porque no hay tiempo, a pesar de que ya se reformó la Constitución para dar cabida a dichos candidatos. Es importante indicar que el 2015 es el año de elecciones para Gobernador y Ayuntamientos. Recientemente los partidos acordaron aceptar a los independientes.

En el caso del desarrollo urbano, la fracción VIII del artículo 27 que se comentó, autoriza al presidente municipal a formular un plan de desarrollo urbano y de sus programas anuales de obras y servicios públicos.

Estas facultades son las causantes de los más graves problemas urbanos, porque el municipio tiene facultades independientes del Estado y, en consecuencia, hay desacuerdos y contradicciones entre el Plan Estatal y los planes municipales. Todavía hay más, muchas veces, se encuentran reglamentos municipales que se arrogan más facultades de las que les otorgan las leyes estatales, provocando un mar de conflictos con los particulares. En el estado de Nuevo León, tenemos que Monterrey y San Pedro han acumulado una gran cantidad de controversias judiciales por decisiones que son discutibles legalmente, al grado de tener que contratar por el municipio, abogados externos. Por otra parte, al no tener control estatal sobre los municipios, por ejemplo en el tema de las construcciones intensivas de grandes edificios, concentrados para áreas que hace muy poco tiempo eran tranquilas zonas habitacionales, ha hecho surgir de la noche a la mañana, una cantidad sorprendente de rascacielos apiñados en todo tipo de terrenos, algunos muy inseguros. Todo esto, sin ampliar vialidades, ni construir nuevas y, por supuesto, sin asegurarse de que los servicios de agua, drenaje, gas y drenaje pluvial, ni tampoco las corrientes pluviales que cruzan los terrenos son ampliamente suficientes para soportar con absoluta seguridad las cargas de las nuevas construcciones. La ira de los residentes vecinos de las anteriormente tranquilas zonas residenciales, es estridente y ahora la autoridad quedó desprestigiada. La ignorancia y la avaricia de los empresarios y funcionarios municipales, es evidente en cuanto a desarrollo urbano, pero la ineptitud de los equipos de profesionales en urbanismo es patética en algunos municipios dentro y fuera del área metropolitana. A causa de la falta de recursos para contar con profesionistas capacitados, y sobre todo porque se nombran a miembros de los partidos y no a especialistas ni militares; algunos municipios optan por solicitar el apoyo del Estado, lo cual evita muchos problemas.

El alcalde propone en diversos asuntos, al cabildo la integración de comisiones para atender los asuntos municipales. Esto lleva mucha lucha política, pues algunos provienen de los diversos partidos políticos. De hecho, el presidente maneja al ayuntamiento. Nuestro sistema es presidencialista con facultades absolutas sobre regidores pigmeos.

## Facultades y obligaciones de los regidores

Artículo 29.- En su carácter de representantes de la comunidad en el Ayuntamiento, los Regidores tienen las siguientes facultades y obligaciones:

- i. Acudir con derecho de voz y voto a las sesiones del Ayuntamiento y vigilar el cumplimiento de sus acuerdos.
- II. Desempeñar las comisiones que le encomiende el Ayuntamiento e informar con la periodicidad que le señale sobre las gestiones realizadas.
- III. Vigilar que el Ayuntamiento cumpla con las disposiciones que establecen las leyes y con los planes y programas establecidos.
- IV. Proponer la formulación, expedición, modificación o reforma, de los reglamentos municipales y demás disposiciones administrativas.
- v. Sujetarse a los acuerdos que tome el Ayuntamiento de conformidad a las disposiciones legales y vigilar su debido cumplimiento.
- VI. Analizar, discutir y votar los asuntos que se traten en las sesiones.
- VII. Participar en las ceremonias cívicas que se lleven a cabo en el Ayuntamiento.
- VIII. Estar informado del estado financiero y patrimonial del Municipio y de la situación en general del Ayuntamiento, teniendo acceso a la información respectiva.
- IX. Las demás que señalen en la Ley, los reglamentos municipales y en los acuerdos del Ayuntamiento.

Los regidores siempre han sido figuras anónimas, que arman un cuerpo deliberante —en teoría—, pero que son absolutamente disfuncionales al grado de que ni los funcionarios estatales los identifican por sus nombres. Esto lo consideramos válido para todos los municipios.

Su función es asistir con voz y voto a las sesiones del ayuntamiento y desempeñar las comisiones de las que forman parte, pero recordemos que son posiciones que no han sido ganadas por su buena trayectoria política en beneficio de la comunidad, sino que han sido asignadas por su partido. Otra vez surge la inquietud de los candidatos independientes con o sin afiliación y apoyo de un partido.

Las demás facultades no nos merecen comentarios salvo la facultad de proponer reglamentos y demás disposiciones administrativas del municipio, pero no hay democracia.

## Síndicos

Artículo 30.- Son facultades y obligaciones del Síndico Municipal o del Síndico Primero en su caso:

- i. Acudir con derecho de voz y voto a las sesiones del Ayuntamiento y vigilar el cumplimiento de sus acuerdos.
- II. Coordinar la Comisión de Hacienda Pública Municipal del Ayuntamiento y vigilar la correcta recaudación y aplicación de los fondos públicos.
- III. Revisar y en su caso, si está de acuerdo, suscribir los estados de origen y aplicación de fondos, la Cuenta Pública Municipal y los estados financieros.
- IV. Desempeñar las comisiones que le encomiende el Ayuntamiento e informar con la periodicidad que le señale sobre las gestiones realizadas.
- v. Vigilar que el Ayuntamiento cumpla con las disposiciones que señala la ley y con los planes y programas establecidos.

- vi. Proponer la formulación, expedición, modificación o reforma, de los reglamentos municipales y demás disposiciones administrativas.
- vii. Sujetarse a los acuerdos que tome el Ayuntamiento de conformidad a las disposiciones legales y vigilar su debido cumplimiento.
- viii. Analizar, discutir y votar los asuntos que se traten en las sesiones.  
(F. de E., P.O. 18 de marzo de 1991)
- ix. Participar en las ceremonias cívicas que se lleven a cabo en el Ayuntamiento.
- x. Las demás que se señalen en la ley, los reglamentos municipales y en los acuerdos del Ayuntamiento.

Artículo 31.- Son facultades y obligaciones del Síndico Municipal o en su caso del Síndico Segundo:

- i. Acudir con derecho de voz y voto a las sesiones del Ayuntamiento y vigilar el cumplimiento de sus acuerdos.
- ii. Intervenir en los actos jurídicos que realice el Ayuntamiento en materia de pleitos y Cobranzas y en aquellos en que sea necesario ejercer la personalidad jurídica que corresponde al Municipio conjuntamente con el Presidente Municipal.
- iii. Fungir como Agente del Ministerio Público en los casos y condiciones que determina la Ley Orgánica de la materia.
- iv. Desempeñar las comisiones que le encomiende el Ayuntamiento e informar con la periodicidad que le señale sobre las gestiones realizadas.
- v. Vigilar que el Ayuntamiento cumpla con las disposiciones que señala la ley y con los planes y programas establecidos.
- vi. Proponer la formulación, expedición, modificación o reforma, de los reglamentos municipales y demás disposiciones administrativas.
- vii. Sujetarse a los acuerdos que tome el Ayuntamiento de conformidad a las disposiciones legales y vigilar su debido cumplimiento.
- viii. Analizar, discutir y votar los asuntos que se traten en las sesiones.
- ix. Participar en las ceremonias cívicas que se lleven a cabo en el Ayuntamiento.
- x. Vigilar que los Servidores Públicos Municipales de nivel directivo presenten oportunamente la declaración de su situación patrimonial al tomar posesión de su cargo, anualmente y al terminar su ejercicio.
- xi. Las demás que se señalen en la ley, los reglamentos municipales y en los acuerdos del Ayuntamiento.

Las funciones más importantes de los síndicos son las financieras, como ejercer la coordinación sobre la comisión de hacienda municipal, vigilar la recaudación de los recursos y su correcta aplicación, así como firmar los estados contables, los de aplicación de recursos y todos los estados financieros. También debe participar en comisiones y ejercer una vigilancia sobre todo el ayuntamiento, en cuanto a planes y programas de trabajo y en general, ver que se cumpla con las leyes. Adicionalmente, los síndicos tienen facultades para proponer al ayuntamiento reglamentos, bandos y resoluciones municipales, además de todo lo relacionado con asuntos administrativos.

Estimamos que los síndicos, sean solo uno o dos, tienen una función más relevante que los regidores, porque controlan las finanzas municipales y supervisan la aplicación de recursos, reforzando las actividades del municipio, de tal manera que ejerce autoridad no solo sobre la comisión de hacienda, sino sobre el tesorero municipal y el mismo alcalde.

Por otra parte, el personal administrativo de tesorería, permanece al asumir nuevo alcalde y tesorero. El artículo 31 establece facultades del síndico primero o en su caso del síndico segundo, que vale la pena comentar.

Nos parece muy importante que intervengan obligatoriamente en todo acto que implique el ejercicio de los poderes de pleitos y cobranzas del municipio juntamente con el presidente municipal.

En los casos en que la ley lo autoriza, los síndicos pueden desempeñar funciones de Ministerio Público. Esto sucede cuando están ausentes los agentes del Ministerio Público, agentes del Ministerio Público investigadores y agentes del Ministerio Público adscritos a los juzgados del quinto distrito judicial del Estado (Cadereyta) y los municipios rurales (Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia 2004, artículo 64, fracción XII).

Los síndicos también vigilan que los funcionarios municipales presenten oportunamente (no indica que se demuestre) su estado patrimonial en el inicio y al final de su gestión. En los últimos meses, hemos presenciado en la capital del estado una guerra en los medios de comunicación en contra de la alcaldesa de Monterrey después de que un diario de la ciudad descubrió que está construyendo una mansión valuada en varios millones de dólares, cuando su ingreso como alcaldesa solo le alcanza para una casa de clase media y su origen, igual que el de su marido, es bastante modesto.

Situaciones similares abundan en el Estado en cuanto a los asuntos municipales, especialmente en Monterrey, García, Santa Catarina y San Pedro Garza García en varios periodos anteriores. Nadie ha sido removido, ni siquiera llevado a juicio. Los ayuntamientos han permanecido en respaldo de su presidente municipal y de los funcionarios responsables.

### **De las dependencias administrativas**

(Ley Orgánica)

Artículo 70.- Para el ejercicio de sus atribuciones y responsabilidades ejecutivas, el ayuntamiento se auxiliará de las dependencias y entidades de la Administración Pública municipal que estarán bajo las órdenes de su representante, el presidente municipal.

Artículo 71.- El presidente municipal, previo acuerdo de ayuntamiento, podrá crear dependencias que le estén subordinadas directamente, así como fusionar, modificar o suprimir las existentes, de acuerdo con las necesidades y capacidad financiera del ayuntamiento.

Artículo 72.- Para el estudio, la planeación y el despacho de los diversos asuntos de la administración municipal, el Ayuntamiento se auxiliará por lo menos con las siguientes dependencias:

- I. La Secretaría del Ayuntamiento.
- II. La Tesorería Municipal.

Artículo 73.- Las dependencias y entidades de la Administración Pública municipal, conducirán sus acciones con base en los programas anuales y políticas correspondientes que para el logro de los objetivos establezca el plan Municipal de Desarrollo.

Artículo 74.- Las dependencias y entidades de la Administración Pública municipal, ejercerán las funciones que les asignen esta Ley y los respectivos reglamentos interiores expedidos por los propios Ayuntamientos. En dichos Reglamentos interiores se establecerán las estructuras de organización de las unidades administrativas de los Ayuntamientos en función de las características socioeconómica y de los requerimientos de la comunidad.

Artículo 75.- Los titulares de cada una de las dependencias y entidades de la Administración Pública municipal, acordarán directamente con el presidente municipal y deberán ser ciudadanos mexicanos, en pleno ejercicio de sus derechos, preferentemente vecinos del municipio, de reconocida honorabilidad y probada aptitud para desempeñar los cargos que les corresponda.

La administración pública municipal en los municipios metropolitanos ha sido objeto de muchos éxitos y fracasos para llegar al punto en que se encuentra en este año. Desde 1596, año en que Monterrey se fundó con 13 aventureros, la evolución ha sido constante. Alcaldes, regidores y síndicos han permanecido como elementos fundacionales del concepto mexicano del ayuntamiento, pero la vida y el desarrollo no se detienen ni un solo instante y ahora, con 4 millones en total en el área metropolitana, las ciudades que la integran han desarrollado organizaciones propias, ninguna es idéntica a Monterrey, salvo en lo básico.

En uso de las libertades que les han sido conferidas por la Constitución Federal, la Constitución del Estado y las leyes federales y estatales, cada ayuntamiento autoriza las dependencias y entidades descentralizadas que sean necesarias, todas ellas bajo la autoridad del presidente municipal, de acuerdo con sus necesidades y un curso financiero —el secretario del ayuntamiento y la tesorería son básicos—.

El presidente municipal deberá presentar un plan de tres años municipal de desarrollo y cada año presentará el plan anual.

Cada departamento municipal se regirá por el Reglamento Interior que le corresponda y por la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado. Los titulares de cada dependencia y de las entidades descentralizadas acuerdan directamente con el presidente municipal. Se sabe que hay mucho celo interdepartamental en defensa de sus atribuciones. Consideramos que ya hemos comentado acerca de la administración.

## **Tesorería municipal**

En la actualidad, la Tesorería requiere una considerable preparación profesional y experiencia para recaudar todos los ingresos, como son impuestos, derechos, aprovechamien-

tos, contribuciones especiales, participaciones federales, participaciones del Estado y los ingresos extraordinarios del año. El tesorero elabora el presupuesto anual de ingresos y egresos, y cuida que se cumplan los convenios de coordinación fiscal. Además, controla los egresos y la contabilidad y autoriza los pagos.

El tesorero es una figura que sí cuenta en la organización, pues acuerda directamente con el Presidente Municipal, lleva el control de las finanzas, los pagos, los balances y estados de cuenta, aplica multas y ordena el cobro coactivo. Las atribuciones tienen la máxima relevancia para el éxito de la administración, a pesar de no ser miembro del ayuntamiento, también llamado cabildo en todo el país.

## **Descentralización**

El ayuntamiento, a solicitud del titular de una dependencia, puede delegar facultades como tránsito, policía, tesorería, desarrollo urbano, apoyo a la familia (DIF municipal) servicios públicos, servicios médicos, desarrollo deportivo, etcétera. También podrá concesionar servicios públicos.

La concesión de servicios públicos no es posible en todos los mencionados, por ejemplo, en alumbrado, policía, tránsito o limpieza, pero sí funciona en pavimentación, semáforos, mantenimiento de plazas, parques y jardines públicos, recolección de la basura doméstica, comercial o industrial y obra pública. Especialmente importantes son las concesiones para construir obras públicas, que son otorgadas para cada obra en particular. La recolección de desechos es también muy codiciada por las empresas del ramo, por las enormes ganancias que les reportan, a cambio de un pago anual al municipio.

Es lamentable que no tengamos a estas fechas, una planta para generar luz eléctrica para abastecer la ciudad, ni un sistema para aprovechar la luz del sol con ese propósito. Otro caso importante de concesión es el relacionado con el abasto de medicamentos para las clínicas municipales y para apoyar a la labor social del municipio.

En todo caso de concesión hay un hoyo negro por falta de comunicación de la autoridad, no obstante que es obligatorio concursar la concesión (y se hace), pero siempre hay quejas y litigios.

## **De la desaparición y de la suspensión del ayuntamiento**

Artículo 46.- El Congreso del Estado, por acuerdo de cuando menos las dos terceras partes de sus integrantes podrá declarar la desaparición o la suspensión del Ayuntamiento, la suspensión o revocación del mandato de alguno de sus miembros y la designación de concejos municipales.

Artículo 47.- Son causas de desaparición de un Ayuntamiento:

1. Cuando sea imposible el funcionamiento del Ayuntamiento, por falta absoluta de la mayoría de la totalidad de sus integrantes, si conforme a la ley no haya suplentes que puedan integrarlo, cualesquiera que fueren las causas que motiven dicha falta.

- ii. Cuando se susciten entre los integrantes de un Ayuntamiento o entre este y la comunidad, conflictos reiterados que imposibiliten el cumplimiento de los fines del mismo, o el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas.
- iii. Cuando el Ayuntamiento viole reiteradamente las Garantías Individuales y Sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Constitución Local.
- iv. Cuando el Ayuntamiento promueva o adopte formas de Gobierno o de organización política distintas a las establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- v. Cuando el Ayuntamiento incurra en violaciones graves a las normas jurídicas que rigen los procesos electorales.
- vi. Cuando el Ayuntamiento realice reiteradamente actos que alteren los presupuestos de egresos, planes y programas de desarrollo municipal.
- vii. Cuando el Ayuntamiento disponga de bienes del patrimonio municipal, sin sujetarse a los procedimientos previstos en la presente Ley.
- viii. Cuando el Ayuntamiento permita que extranjeros se inmiscuyan en asuntos internos del Estado o de los Municipios.
- ix. Cuando el Ayuntamiento rehúse cumplir con una orden de suspensión emitida por el Congreso conforme lo dispone este ordenamiento.
- x. Cuando habiendo sido suspendido conforme lo dispone el Artículo siguiente, el Ayuntamiento se encuentre nuevamente en dichos supuestos.

Artículo 48.- El Congreso podrá declarar la suspensión de un Ayuntamiento en los siguientes casos:

- I.- Cuando el Ayuntamiento ejerza atribuciones que las leyes no le confieran o rehúse cumplir obligaciones que la ley le impone.
- II.- Cuando el Ayuntamiento promueva formas de gobierno o bases de organización política distintas de las señaladas en el Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- III.- Cuando se susciten entre los integrantes de un Ayuntamiento o entre este y la comunidad algún conflicto que imposibilite el cumplimiento de los fines del mismo, o el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas.
- IV.- Cuando el Congreso, conforme a los requisitos que se establecen en esta ley, determine el inicio del procedimiento para desaparecer a un Ayuntamiento, hasta el momento en que se tome la resolución que corresponda.

Artículo 49.- La solicitud para que el Congreso del Estado, declare la desaparición o suspensión de un Ayuntamiento, podrá ser presentada mediante escrito por un integrante del propio Congreso, por el Ejecutivo del Estado o por un grupo representativo de ciudadanos en pleno ejercicio de sus derechos. La solicitud deberá fundamentar con suficiencia que existen las causas por la imposición del procedimiento.

Artículo 50.- La solicitud a que se refiere el Artículo anterior será presentada ante la Presidencia del Congreso o ante la Comisión Permanente en la audiencia que para tal efecto se lleve a cabo. Dicha solicitud será turnada a la Comisión de Gobernación y Relaciones para su análisis y dictamen y se dará vista al Ayuntamiento para que exprese, en su término no mayor a veinticuatro horas, lo que a sus intereses convenga.

Artículo 51.- Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de una solicitud para desaparecer o suspender a un Ayuntamiento, el Congreso sesionará para oír el dictamen de la Comisión respectiva y, en su caso lo que manifieste el Ayuntamiento, hecho lo cual resolverá lo conducente.

Artículo 52.- Cuando exista causa que lo amerite el Congreso, por acuerdo de las dos terceras partes de sus miembros, podrá ampliar los términos del procedimiento de suspensión sin exceder a diez días naturales.

Artículo 53.- En ningún caso la suspensión de un Ayuntamiento podrá ser mayor de treinta días naturales.

Artículo 54.- El Congreso del Estado llamará a los suplentes del Ayuntamiento para que asuman las funciones que las leyes determinan en un plazo que no excederá de veinticuatro horas o en su caso procederá a la designación del Concejo Municipal en los términos de la presente ley.

## **De la suspensión y de la revocación del mandato de miembros del ayuntamiento**

Artículo 55.- El H. Congreso del Estado por acuerdo de cuando menos de las dos terceras partes de sus integrantes podrá declarar la suspensión, hasta por un máximo de seis meses de acuerdo con la gravedad de la causa, de alguno o algunos de los miembros de un Ayuntamiento, por cualquiera de las siguientes causas:

- I.- Por faltar, sin causa justificada, a tres sesiones de Ayuntamiento en forma consecutiva;
- II.- Por incapacidad física o mental durante un periodo mayor de tres meses;
- III.- Por existir en su contra, proceso por delito intencional. En este caso la suspensión surtirá efectos a partir del momento en que dicte auto de formal prisión y quedará sin efecto al dictarse en forma ejecutoria sentencia absolutoria;
- IV.- Por abuso de autoridad o realización de actos que alteren el orden, la tranquilidad o de alguno de los habitantes del Municipio.

Artículo 56.- El Congreso del Estado podrá declarar la revocación del mandato de alguno o algunos de los miembros de un Ayuntamiento, por cualquiera de las siguientes causas:

- I.- Por faltar, sin causa justificada, a cinco sesiones en un año;
- II.- Por incapacidad permanente, física o mental;
- III.- Por existir en su contra, auto de formal prisión por delito intencional;
- IV.- Por incurrir con frecuencia en abusos de autoridad, actos que alteren el orden, la tranquilidad o la seguridad de la comunidad o de alguno de los habitantes del Municipio;
- V.- Por disponer sin autorización y para beneficio personal de caudales públicos y bienes del patrimonio municipal;
- VI.- Por realizar en lo personal, cualquiera de los actos a que se refiere el Artículo 47 de la presente Ley.

Artículo 57.- La solicitud para la suspensión o revocación del mandato de alguno o algunos de los miembros del Ayuntamiento podrá ser presentada por escrito,



por un ciudadano o grupo de ciudadanos del Municipio en cuestión en pleno ejercicio de sus derechos; por un miembro del Ayuntamiento; por el Ejecutivo del Estado o por un miembro del H. Congreso del Estado. La solicitud deberá argumentar con suficiencia que existen las causas para la imposición de procedimiento.

Artículo 58.- En caso de proceder la solicitud referida en el Artículo anterior, el H. Congreso del Estado aplicará un procedimiento como el establecido en los casos de solicitudes de desaparición y suspensión de Ayuntamiento, para los efectos de audiencias, defensa, dictámenes y declaraciones.

Artículo 59.- Cuando se declare la suspensión o la revocación del mandato, el H. Congreso del Estado requerirá al suplente o suplentes que corresponda, para que en el término de 72 horas de resolución, rindan la protesta ante Ayuntamiento y asuman el cargo o cargos de que se traten.

Artículo 60.- En el caso de suspensión, el miembro o los miembros suspendidos asumirán de nuevo sus cargos, una vez vencido el término de la suspensión, apercibidos por el H. Congreso del Estado de que en caso de reincidencia se procederá a la revocación del mandato.

Artículo 61.- Cuando el suplente o los suplentes, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior no asuman los cargos quedarán vacantes por el periodo de la resolución.

En nuestro estado no existen las opciones políticas para que la población pueda votar por referéndum, consulta popular en votación, revocación de mandato, desaparición de poderes, ni ningún otro medio que permita una votación universal sobre temas determinados de interés vital para la comunidad.

Tampoco tenemos la opción de elegir candidatos políticos independientes, ni segunda vuelta para desempatar elecciones. Estamos colocados en una minoría de edad política bajo la tutela de los partidos políticos que son los únicos que deciden quiénes serán los elegidos para los puestos de elección.

Se ha reformado la Constitución Federal, pero la Constitución del Estado fue insuficientemente reformada dejando un artículo sin modificar y eso puede impedir la elección de independientes absolutos y también independientes con apoyo de un partido. La prensa alimenta, desde el 2 de febrero de 2014, esta guerra política. Parece muy posible la reforma positiva de última hora.

Otros estados ya permiten la participación ciudadana como Querétaro, San Luis Potosí, Quintana Roo y Zacatecas.

En cuanto al municipio, tenemos varias figuras interesantes:

1. La suspensión de miembros del ayuntamiento.

2. La revocación del mandato a miembros del ayuntamiento.

3. Los concejos municipales.

Las figuras mencionadas no han sido llevadas a la práctica, pero sí hemos tenido muchos casos en municipios gobernados por cualquiera de los partidos, en los que sobraron razones para aplicar dichas medidas, sobre todo en los últimos 18 años. En vez del castigo que merecían, algunos se han presentado y han escalado a diputados federales o senadores, y hasta embajadores, sin contar con ningún mérito.

La suspensión por faltar a sesiones nos parece exagerada; por incapacidad física nos parece injustificada, porque puede recuperarse y la incapacidad mental por más de tres meses nos parece extraña, porque las incapacidades mentales no son fácilmente recuperables. Por otra parte, suspender hasta por seis meses no es un castigo, sino un beneficio que solo alarga el periodo de ausencia.

Los delitos intencionales por los que se dicte auto de formal prisión quedan sin efecto al quedar absuelto resultando firme la resolución. La práctica ha demostrado reiteradamente que los funcionarios municipales estatales y federales, generalmente salen absueltos, quedando a salvo de sanciones.

El abuso de autoridad, también está en entredicho por la protección que reciben los miembros del ayuntamiento de parte del aparato político, ya que la redacción es muy vaga y se refiere a temas imprecisos, como «alterar el orden, la tranquilidad o la seguridad de la comunidad o de algún habitante, siempre que sea del municipio». La redacción deja mucho que desear tanto para los habitantes del municipio, como del Estado y del país y termina por perderse en la nada. Nos parece que el artículo 35 debería derogarse por lo siguiente:

El artículo 56 transfiere al Congreso del Estado no para suspender, sino para revocar del mandato de cualquiera de los miembros del Ayuntamiento:

Cuando se ausentan injustificadamente por cinco sesiones en un año, lo cual nos parece correcto. La incapacidad, ya sea física o mental amerita la revocación siempre que sea permanente (la temporal corresponde al municipio).

El auto de formal prisión, por sí solo, es causal de revocación, si se trata de un delito intencional.

Los abusos de autoridad, actos que alteren el orden, la tranquilidad o la seguridad de la comunidad o de alguno de los habitantes del municipio, nos parecen tan vagos como lo es cuando se trata de la suspensión.

El hecho de disponer sin autorización (sic) y para beneficio personal de caudales públicos o bienes municipales deja la duda de saber que sucede cuando se otorga autorización para que el funcionario pueda disponer libremente de dinero o bienes.

Muchos municipios, o casi todos, han sufrido los abusos financieros de los presidentes municipales de todos los partidos. Nunca se ha perseguido a ninguno. La prensa, la radio, la televisión y ahora las redes sociales, claman que se castigue a los que cometen actos de corrupción comprobada. Las leyes son débiles, frágiles, ambiguas, mal redactadas, desactualizadas y omisas al tratarse de las responsabilidades de los funcionarios. El ejemplo lo acabamos de comentar: disposiciones repetidas, unas para uso del municipio, con sanciones que en realidad son beneficios y las mismas, esta vez para el Congreso del Estado, que no se ejercitan, aun en casos graves, como el incendio de un casino en Monterrey que ocasionó tantas muertes. Los incendiarios están en prisión, pero hay otros responsables que están libres.

## De la desaparición y de la suspensión del ayuntamiento

Artículo 46.- El Congreso del Estado, por acuerdo de cuando menos las dos terceras partes de sus integrantes podrá declarar la desaparición o la suspensión del Ayuntamiento, la suspensión o revocación del mandato de alguno de sus miembros y la designación de concejos municipales.

Artículo 47.- Son causas de desaparición de un Ayuntamiento:

- I. Cuando sea imposible el funcionamiento del Ayuntamiento, por falta absoluta de la mayoría de la totalidad de sus integrantes, si conforme a la ley no haya suplentes que puedan integrarlo, cualesquiera que fueren las causas que motiven dicha falta.
- II. Cuando se susciten entre los integrantes de un Ayuntamiento o entre este y la comunidad, conflictos reiterados que imposibiliten el cumplimiento de los fines del mismo, o el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas.
- III. Cuando el Ayuntamiento viole reiteradamente las Garantías Individuales y Sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Constitución Local.
- IV. Cuando el Ayuntamiento promueva o adopte formas de Gobierno o de organización política distintas a las establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- V. Cuando el Ayuntamiento incurra en violaciones graves a las normas jurídicas que rigen los procesos electorales.
- VI. Cuando el Ayuntamiento realice reiteradamente actos que alteren los presupuestos de egresos, planes y programas de desarrollo municipal.
- VII. Cuando el Ayuntamiento disponga de bienes del patrimonio municipal, sin sujetarse a los procedimientos previstos en la presente Ley.
- VIII. Cuando el Ayuntamiento permita que extranjeros se inmiscuyan en asuntos internos del Estado o de los Municipios.
- IX. Cuando el Ayuntamiento rehúse cumplir con una orden de suspensión emitida por el Congreso conforme lo dispone este ordenamiento.
- X. Cuando habiendo sido suspendido conforme lo dispone el Artículo siguiente, el Ayuntamiento se encuentre nuevamente en dichos supuestos.

Artículo 48.- El Congreso podrá declarar la suspensión de un Ayuntamiento en los siguientes casos:

- I.- Cuando el Ayuntamiento ejerza atribuciones que las leyes no le confieran o rehúse cumplir obligaciones que la ley le impone.

II.- Cuando el Ayuntamiento promueva formas de gobierno o bases de organización política distintas de las señaladas en el Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

III.- Cuando se susciten entre los integrantes de un Ayuntamiento o entre este y la comunidad algún conflicto que imposibilite el cumplimiento de los fines del mismo, o el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas.

IV.- Cuando el Congreso, conforme a los requisitos que se establecen en esta ley, determine el inicio del procedimiento para desaparecer a un Ayuntamiento, hasta el momento en que se tome la resolución que corresponda.

Artículo 49.- La solicitud para que el Congreso del Estado, declare la desaparición o suspensión de un Ayuntamiento, podrá ser presentada mediante escrito por un integrante del propio Congreso, por el Ejecutivo del Estado o por un grupo representativo de ciudadanos en pleno ejercicio de sus derechos. La solicitud deberá fundamentar con suficiencia que existen las causas por la imposición del procedimiento.

Artículo 50.- La solicitud a que se refiere el artículo anterior será presentada ante la Presidencia del Congreso o ante la Comisión Permanente en la audiencia que para tal efecto se lleve a cabo. Dicha solicitud será turnada a la Comisión de Gobernación y Relaciones para su análisis y dictamen y se dará vista al Ayuntamiento para que exprese, en su término no mayor a veinticuatro horas, lo que a sus intereses convenga.

Artículo 51.- Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de una solicitud para desaparecer o suspender a un Ayuntamiento, el Congreso sesionará para oír el dictamen de la Comisión respectiva y, en su caso lo que manifieste el Ayuntamiento, hecho lo cual resolverá lo conducente.

Artículo 52.- Cuando exista causa que lo amerite el Congreso, por acuerdo de las dos terceras partes de sus miembros, podrá ampliar los términos del procedimiento de suspensión sin exceder a diez días naturales.

Artículo 53.- En ningún caso la suspensión de un Ayuntamiento podrá ser mayor de treinta días naturales.

Artículo 54.- El Congreso del Estado llamará a los suplentes del Ayuntamiento para que asuman las funciones que las leyes determinan en un plazo que no excederá de veinticuatro horas o en su caso procederá a la designación del Concejo Municipal en los términos de la presente ley.

Para declarar la desaparición del ayuntamiento, o bien, la suspensión de sus funciones y también para la revocación del mandato de alguno de sus miembros, se requiere que el Congreso del Estado lo acuerde por mayoría de las dos terceras partes del mismo. Nos parece que esta facultad sí debe otorgarse al Congreso, en atención a las causas que la motivan, como son:

- a) Por falta absoluta del ayuntamiento y sus suplentes.
- b) Por conflictos que hagan imposible el cumplimiento de los fines. Los conflictos pueden surgir dentro del ayuntamiento o entre este y la comunidad.

c) Cuando el ayuntamiento viole las garantías individuales y sociales de la Constitución federal o la estatal.

d) Cuando el ayuntamiento gobierna en forma contraria a la Constitución federal.

e) Cuando se viole gravemente por el ayuntamiento, las normas electorales.

f) La alteración reiterada de los presupuestos de egresos, planes y programas de desarrollo municipal, también so causas para la desaparición.

g) Así mismo, cuando no se cuente con las autorizaciones correspondientes, y se disponga de bienes municipales.

h) Cuando el ayuntamiento permita que extranjeros intervengan en asuntos municipales o estatales.

i) Cuando el ayuntamiento reinicie sus funciones sin autorización, estando suspendido.

Las facultades del Congreso son justas, pero nos parecen imprecisas, por ejemplo, si se violan las garantías constitucionales, es conveniente precisar si una sola vez es suficiente, o se hace necesario la reiteración. En el caso de conflictos que sea tan graves que ameriten la desaparición, pero se habla de conflictos en plural.

La violación de garantías constitucionales no debería tolerarse porque la reiteración es muy subjetiva y las víctimas no tienen protección, ya que el Congreso no tiene una medida acerca de cuándo es reiterada una conducta.

De igual manera, nos encontramos con una libertad ilimitada del Congreso para determinar cuándo el municipio actuó reiteradamente en el caso de egresos, planes y programas de desarrollo municipal. Dado que el ayuntamiento dura tres años, no hay tiempo para castigar y si desean hacerlo, el periodo ya se terminó, lo que otorga la impunidad que hemos sufrido y tolerado en materia municipal. Lo mismo puede afirmarse para los cambios en la forma de gobierno según la Constitución; esta falta debería atajarse de inmediato, porque cuando sea reiterada estará agonizando el periodo y volverán a la impunidad.

También merece mucha mayor celeridad la violación a los procesos electorales, además de fuertes sanciones al momento. La disposición de bienes sin autorización debería remitir inmediatamente a la Procuraduría General de Justicia. La misma opinión me merecen las faltas a que se refiere las fracciones VIII, IX y 10 del artículo 47.

Existen disposiciones que se repiten para suspender y desaparecer un ayuntamiento (artículo 48) como en las fracciones I, II y III. Entonces, queda a criterio del Congreso perdonar, suspender, desaparecer al ayuntamiento. La discrecionalidad es la puerta de la impunidad, sobre todo, si la mayoría del Congreso es del mismo partido.

En cuanto a la presentación de la solicitud escrita al Congreso, le da más valor, es la del Ejecutivo del Estado, pero también puedan hacerla cualesquier diputado y «un grupo representativo de ciudadanos», que no ayuda para identificarlos, por su ambigüedad así que no puede comentarse.

El Congreso tendrá 48 horas para sesionar y decidir lo conducente y al municipio se le otorgan solo 24 para contestar. Las suspensiones no deben de pasar de 30 días, que parecen pocos. Los suplentes serán llamados por el Congreso o bien, procederá a nombrar un concejo municipal.

La revocación del mandato y la suspensión de funciones para los miembros del ayuntamiento obedecen a las mismas causas del caso de suspensión señaladas en el artículo 47.

La solicitud escrita para suspender o revocar algún miembro del ayuntamiento puede provenir de cualquier ciudadano o grupo, cualquier miembro del ayuntamiento, o por el Ejecutivo del Estado. El procedimiento es igual al anterior.

Los concejos municipales son seleccionados por el Congreso por mayoría de dos terceras partes, entre los que reúnen los requisitos dentro del ayuntamiento o llevará a otros vecinos. Estos concejos se nombran cuando haya desaparición o suspensión del ayuntamiento.

Si la desaparición o suspensión ocurre en el primer año, el Congreso designa un concejo municipal provisional y convocará a elecciones para concluir el periodo en noventa días, pero si es en los últimos dos años, el concejo municipal concluirá el periodo.

Las funciones del concejo municipal son las mismas que las del ayuntamiento y, en suma, el Congreso del Estado ejerce una influencia política importante.

## **Nuevos desarrollos de la estructura jurídica municipal**

Para el cumplimiento del ámbito administrativo del municipio mexicano ha sido preciso crear, con autorización del ayuntamiento, dependencias con importantes funciones administrativas, como son: la Secretaría del Ayuntamiento, la Tesorería Municipal, la Dirección de Catastro, la Dirección Jurídica, la Dirección de Obras Públicas, la Dirección de Desarrollo Urbano, la Dirección de Servicios Primarios, que incluye la limpieza de la ciudad, el alumbrado público y los servicios públicos, la asistencia social, la Dirección de Cultura, la Dirección de Policía y Tránsito, la Dirección de Transporte público y etcétera.

Existen, por otra parte, las concesiones de servicios públicos. El agua potable, el drenaje sanitario y el drenaje pluvial, los maneja el Estado. El alumbrado público lo paga el municipio a la Comisión Federal de Electricidad. El servicio de gas natural lo pagan los particulares a una sociedad mercantil.

El servicio público de recolección domiciliaria de basura y desechos está concesionado por el municipio a una sociedad mercantil mediante un pago a favor del municipio. Los servicios culturales los organiza y paga el municipio.

El transporte público en autobuses, metro, y cualquier otro medio de transportación de personas, lo concesiona el Estado. Las plazas y jardines y parques son a cargo del municipio. Los grandes parques deportivos y culturales son atendidos generalmente por el Estado. Fuera del área metropolitana de Monterrey, prevalecen las mismas reglas operativas, pero, obviamente, las dependencias se reducen de acuerdo con los recursos financieros, llegando a los extremos de no tener policía.

En la zona metropolitana, Monterrey sobrepasó en el 2010 los 1 100 000 habitantes; tres ciudades rondan los 500 000 cada una, otra es de 400 000; dos de más de 250 000; dos más de 150 000; una que se acerca a los 100 000 y dos más de 40 000. Insistimos, en el 2010, porque las ciudades periféricas de la zona crecerán aceleradamente por la migración incesante que llega en busca de trabajo. Existen extensas áreas marginadas, incluso de etnias que escasamente hablan español al llegar, pero que rápidamente se insertan en nuestra cultura norteña.

El crecimiento súbito de algunos municipios, como Juárez, Zuazua, García y Santa Catarina, ha puesto a sus ayuntamientos al borde de la quiebra y no solo financiera, sino del colapso administrativo y de servicios, porque no estaban preparados cuando llegaron los constructores de viviendas masivas a transformar lo que antes eran tierras ociosas, en desarrollos habitacionales. Por su parte, los trabajadores que compraron las viviendas, se encuentran con transporte público escaso y excesivamente caro, servicios públicos deficientes y nula vigilancia por falta de policía. Existen más de 8000 casas abandonadas que las instituciones oficiales de vivienda están tratando de rescatar para venderlas nuevamente.

### **La concesión de los servicios públicos**

Se observa una creciente pugna entre los posibles concesionarios, llegando hasta los tribunales. Las obras públicas, las pavimentaciones y el alumbrado municipales dejan grandes utilidades a las constructoras; lo mismo puede decirse de la proveeduría de todo tipo de mercancías para oficinas, medicamentos, festejos, etcétera. En los municipios de más de 200 000 habitantes ingresa mucho dinero y también se menciona en la prensa que puede ser causa de arreglos oscuros.

En conclusión, encontramos lo siguiente:

- 1.- El municipio mexicano no tiene autonomía para darse a sí mismo su Carta Constitutiva, como cuando se fundaron los primeros municipios.
- 2.- El municipio no tiene asamblea deliberante para crear sus propias leyes. El presidente maneja a los regidores.
- 3.- Los ingresos del municipio los fija el Estado.
- 4.- El municipio sí puede expedir reglamentos y bandos.

5.- Algunos servicios públicos son responsabilidad del municipio.

6.- El Estado recibe de la federación importantes recursos financieros que distribuye entre los municipios según su criterio.

7.- Los impuestos sobre inmuebles son municipales.

8.- La limpieza, las plazas, mercados, rastros; las ventas en vía pública corresponden al municipio.

9.- El alumbrado público y la recolección de basura son municipales.

En resumen, siguiendo con la opinión de la autora Teresita Rendón Huerta Barrera, en su obra *Derecho municipal* (Porrúa, p. 189) debería existir la república representativa municipal, quien a su vez, apoya la corriente de tratadistas argentinos en derecho municipal.

## VII. DERECHO COMPARADO

Acerca de la autonomía municipal, Pedro Torres Estrada, expone lo siguiente:

### **Nuestra definición de *autonomía local***

Autonomía es la titularidad del municipio de gestionar y resolver todos los asuntos de carácter local, mediante sus representantes elegidos democráticamente entre los miembros de su comunidad, los cuales tendrán dentro de sus prerrogativas el organizar por medio de la reglamentación y sin tutela (el grado de tutela o control también determina el grado de autonomía) todos los ámbitos que a su competencia constitucional y legal corresponda, así como la libre administración de sus recursos. La autonomía solo será plena si los municipios pueden acceder de manera sencilla y efectiva mediante sus autoridades legitimadas, ante los tribunales del Estado en defensa de su autonomía si les es vulnerada. Sin esta última facultad, el concepto de autonomía quedaría incompleto.

### **Comentario al elemento *efectivo acceso a los tribunales de la definición de autonomía***

El acceso de manera sencilla y efectiva a los tribunales del Estado es el elemento de nuestra definición que consideramos más activo e importante en el actual Estado constitucional, y en la configuración de un concepto de autonomía más completo y definido por la mayor parte de los tribunales y de los parlamentos nacionales; sobre todo, porque en algunas Constituciones no existe un catálogo preciso de competencias y atribuciones de carácter municipal, por lo que el concepto de autonomía se ha tenido que ir precisando y desarrollando mediante legislación secundaria y también mediante la jurisprudencia emitida por parte del alto tribunal de la nación. En este contexto, ¿cómo controlar a la legislación secundaria del libre juego de las mayorías legislativas que puedan, en determinado momento, atentar contra los elementos básicos municipales? La respuesta es la capacidad de efectivo acceso a la impugnación por parte de los municipios de las leyes o actos que atenten contra su esencia ante los tribunales.



Consideramos que al igual que en el control de leyes, la jurisprudencia solo es emitida cuando existe algún caso de controversia en la cual los tribunales tendrán que declararse, pero ¿cómo podrán declararse si no hay la capacidad por parte de los municipios de acudir de manera sencilla a él para que se declare sobre algún derecho o competencia violada? Aquí radica la importancia de que los municipios puedan exigir de manera sencilla y eficaz que se respeten sus atribuciones cuando se le vean vulneradas. Además de lo anterior, el concepto de autonomía local se podrá ver enriquecido y delimitado mediante jurisprudencia, ya que, desafortunadamente, ni en España ni en México existe la posibilidad de que los municipios puedan solicitar al Tribunal que se declare sobre dudas en la interpretación de la Constitución, situación que sí se considera, por mencionar un ejemplo, en el derecho comparado (la Constitución del estado alemán de Bremen, en su artículo 140.1).

La efectividad de la autonomía consiste en poderla hacerla efectiva. Sin esta posibilidad estaremos ante una garantía o derecho condicionado e incompleto, puesto que su efectividad no es oponible en contra de terceros. Sin esta última opción, el concepto de autonomía se desarrollará lenta y vagamente. Debe entenderse por efectivo el «acceso real y verdadero a los tribunales y no el quimérico o nominal». (Cfr. el término *efectivo* en Real Academia Española (2001). *Diccionario de la lengua española*. Vigésima segunda edición. Madrid: Espasa-Calpe).

En sentido similar, el maestro Carrera-Jústiz afirma que la autonomía no tiene motivos accidentales, sino permanentes; la autonomía se tiene o no se tiene, no puede haber más o menos autonomía. (Cfr. Carrera Jústiz, Francisco (1913). *Del derecho público y la autonomía municipal*. La Habana, p. 48). Basándonos en lo escrito por este autor, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿cómo contar con autonomía plena, si no se puede defender? Con respecto a este punto, podemos mencionar como ejemplo el caso de la Constitución española, en la cual la labor interpretativa del concepto de autonomía la ha venido realizando el Tribunal Constitucional, en sentencias como la del 2 de febrero de 1981 y la del 28 de julio de 1981. Nuestra idea coincide con la propuesta del profesor Pérez Tremps, quien propone plantear ante el Tribunal Constitucional un «conflicto local subsidiario» respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el que se exigiría el agotamiento de las vías procesales ante la jurisdicción ordinaria antes de llegar al Tribunal. Sin embargo, en el fondo sí existe la posibilidad directa de los municipios de acudir al Tribunal. (Cfr. Pérez Tremps, Pablo (1997). «Autonomía local y procesos constitucionales». En *Defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, p. 71).

La autonomía deber ser plena para que el municipio pueda legislar asuntos locales, administrar sus recursos libremente y juzgar las materias de orden municipal, a fin de que ostente los tres poderes en el orden local, es decir, legislativo, ejecutivo y judicial, siempre dentro de un marco constitucional tanto de la Federación como del Estado.

Nuestra opinión es que el artículo 115 constitucional se ha reformado en muchas ocasiones, pero sin llegar a otorgar la autonomía plena a los municipios del país. Consideramos que en tanto no se tenga la plenitud de que se habla, no habrá plena democracia en México.

Por otros frentes, encontramos municipios muy pequeños, otros medianos y pocos municipios grandes. Todos tienen las mismas facultades. Solo los municipios de más de cien mil habitantes pueden sostener, con mucho esfuerzo, un aparato municipal que desahogue sus atribuciones. Los pequeños municipios apenas pueden sostener su ayuntamiento.

En cambio, en las grandes ciudades, predomina el presidencialismo desbocado del alcalde, el sometimiento del cabildo y de los síndicos, rodeados de aparatos administrativos amplios y complejos.

Es en los grandes municipios, donde se presenta el enfrentamiento de los presidentes municipales con el gobernador y sus funcionarios.

Una de las causas es el reparto de los ingresos fiscales federales y los problemas de colaboración obligatoria de los municipios con las autoridades estatales, sobre todo en las áreas conurbadas, en asuntos tan variados como servicios públicos, transporte colectivo intermunicipal, subordinación de mandos policiacos, de tránsito y de emergencias.

### **VIII. EL PANORAMA ACTUAL DEL MUNICIPIO**

Es apremiante la participación directa de la ciudadanía en los asuntos municipales. Si no se hace, continuaremos sufriendo a muchos alcaldes y otros funcionarios que se dedican al sedentarismo, en tanto que las ciudades seguirán abandonadas tolerando publicidad enajenante, festivales vacíos de todo contenido, concursos inútiles y derroche de recursos municipales por unos cuantos, en tanto que en los barrios más pobres se carece de servicios, o son muy deficientes y hay muchos de ellos que no pueden sostener ni la alimentación de sus familias.

También nos parece prioritario modificar el modelo municipal presidencialista *in extremis* en el que el presidente municipal ostenta facultades de hecho absolutas, sobre todo, en materia de los fondos financieros, créditos bancarios, concesiones, compromisos bancarios a largo plazo, contratos con particulares que comprometen al municipio por más años que el periodo de su mandato en el municipio. Todas las anteriores facultades se disfrutaban sin que se aplique sanción alguna, ni aun en casos gravísimos, como se han presentado en Monterrey y otros municipios en los últimos años.

La organización jurídica del municipio en el Estado, no permite que la ciudadanía interponga recursos legales contra los abusos ni las ineptitudes de los alcaldes; esta falta de mecanismos de defensa ciudadana destruyen la democracia municipal.

Existe una Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal en el Estado, pero los principios siguen siendo repetición del antiguo sistema colonial: presidente, regidores, síndicos (la administración sí está acorde con nuestra época).

Por otra parte, la Constitución Federal no permite que los municipios se den a sí mismos su propia Constitución, pero estimamos posible que exista una declaratoria constitutiva, que provenga del Congreso a solicitud del ayuntamiento.

También sería muy saludable acotar las facultades del presidente municipal en un intento de evitar los abusos de poder y el manejo tan autoritario que se observa absolutamente en todos los municipios a causa de la concentración del poder en una sola persona y la ausencia de acciones ciudadanas directas que contrarresten el encierro de los presidentes municipales en sus oficinas cuando se trata de resolver los problemas tan serios que presentan las ciudades no solo en materia de servicios públicos, sino en todos los temas municipales.

## **IX. ALGUNOS CASOS DE DERECHO COMPARADO**

### **Brasil**

El modelo municipal brasileño, según Zainer Pimentel Cavalcante Costa (2008), en la obra *Régimen jurídico municipal en Iberoamérica* (México D. F.: Porrúa) no solo permite la existencia de una Ley Orgánica Municipal aprobada por la Cámara Municipal, sino que autoriza a los municipios a dictar su legislación propia, respetando, por supuesto, la Constitución Federal y la Constitución del Estado correspondiente. De la misma manera, dentro de las facultades que le otorga la Constitución federal y la Constitución del Estado, puede la Cámara Municipal crear sus propios impuestos, derechos y aprovechamientos y dictar su propia organización administrativa.

Todo lo que provenga de la cámara municipal debe respetar el marco jurídico del Estado que corresponda y de la Constitución federal.

La experiencia municipal en Brasil, según el autor que comentamos, ha beneficiado a la participación ciudadana y por lo tanto, beneficia a la democracia en todo el país. Antes de la reforma del 2006, los municipios solo podían emitir circulares, decretos, órdenes y actos administrativos especiales (como en México).

Actualmente, el municipio dicta su propia Ley Orgánica, que equivale a su Constitución Municipal, con respecto de las Constituciones de la Federación y del Estado; pueda también aprobar sus propias leyes cuidando siempre de no rebasar los límites legales que los rigen. Las cámaras municipales han substituido a las antiguas figuras políticas coloniales. Los tribunales municipales completan el régimen jurídico municipal. En tanto, los departamentos, direcciones, secretarías y demás oficios de la administración dependen del alcalde, como representante legal, político y administrativo del municipio.

### **Régimen legal municipal argentino (María Candelaria López Ghio)**

El régimen municipal argentino ha pasado por etapas de diverso carácter autonómico. En la época colonial, fue igual que en toda Hispanoamérica, presidente municipal, regidores y síndicos elegidos por la comunidad en votación a mano alzada.

En la Constitución de 1857, según explica María Candelaria López Ghio, en la colección *Régimen jurídico municipal en Iberoamérica*, Ed. Porrúa, México, 2008, p. 5, dicha

Constitución, al usar el término respecto al «régimen municipal», inclinó la opinión de los juristas hacia una autonomía municipal amplia. Otros autores entendían que había niveles de autonomía, ya sea plena o semiplena.

En la actualidad, hay provincias como Corrientes, Chaco y Entre Ríos, que tienen municipios de primera, segunda y tercera categoría, según su población. Los de primera categoría pueden dictar su propia carta orgánica o Constitución municipal.

En general, el control de los gobiernos provinciales argentinos es muy fuerte y abarca todos los campos municipales. Es un sistema de delegaciones más que autonomía.

El presidente municipal es elegido no por la población, sino por los concejales. El concejo municipal sesiona todo el año.

### **Ecuador (Juan Benalcázar)**

El municipio tiene una autonomía bien definida que inicia con la Ley Orgánica del Régimen Municipal, válida para todo el país, ya que Ecuador tiene un régimen centralizado.

El gobierno de los municipios «está a cargo del concejo municipal», que lo preside el alcalde y lo integran concejales o ediles. El alcalde y los concejales son designados mediante elección popular, duran cuatro años en sus funciones y pueden ser reelegidos indefinidamente, según lo describe Juan Benalcázar Guerrón (2008). «Ecuador. El municipio». En Cienfuegos Salgado, David (coordinador). *Régimen jurídico municipal en Iberoamérica*. México D. F.: UNAM, p. 268.

El concejo municipal, y no el alcalde, es quien tiene las atribuciones, entre las que se encuentran las de gobernar, administrar, prestar los servicios públicos, construir la obra pública, decidir la planificación urbana, darse su propia legislación municipal, manejar las finanzas y créditos, policía y seguridad pública, y facultad para expropiar inmuebles.

El alcalde está al frente del concejo y responde de la buena administración, convoca al concejo y tiene voto de calidad, sanciones y promulga las leyes y demás disposiciones del concejo.

### **El cabildo ampliado**

Se integra por el concejo municipal, a convocatoria de las dos terceras partes del concejo y comprende a los últimos cinco alcaldes, los diputados del Congreso que representan a la provincia, tres representantes de los medios de comunicación social designados por el colegio de periodistas, el prefecto provincial, un representante del gobierno nacional, un representante de los organismos descentralizados nacionales que prestan servicios públicos y un delegado de la asociación de municipalidades.

Los asuntos del cabildo ampliado son todos los que representen un interés extraordinario, como seguridad pública, servicios públicos y también la remoción del alcalde o concejales.

En nuestra opinión, la solución ecuatoriana a la repartición de los poderes públicos, además de ser innovadora, es más democrática que la de México y la mayoría de los países de Latinoamérica, con la sola excepción de Brasil, que también tiene avances muy superiores al promedio.

## **Bolivia**

Por ser un fiel reflejo de la realidad hispanoamericana, nos permitimos transcribir al autor José Mario Serrate Paz (2008) «Bolivia. Gobiernos municipales». En Cienfuegos Salgado, David (coordinador). *Régimen jurídico municipal en Iberoamérica*. México D. F.: UNAM, p. 31:

1. Época colonial «Durante el periodo colonial, las comunas del Alto Perú, hoy Bolivia, fueron organizadas de acuerdo al modelo de las instituciones similares de España». En el Alto Perú, al lado de los gobernadores, que eran las autoridades designadas por la Corona, estaban los cabildos, cuyos miembros en gran parte eran elegidos por asambleas de vecinos.

«Los cabildos representan en la historia nacional como en los demás Estados Iberoamericanos, la primera escuela política propia, el crisol donde se fundieron y purificaron las ideas de la autonomía patria y, también, el baluarte de resistencia a los abusos y al desgobierno del poder real». 2 Los cabildos, institución transportada de España, han ejercido entre nosotros un poder representativo y una influencia en el devenir del país.

En 1868, según el autor citado, la Constitución Política de Perú otorgó a los municipios facultades de legislar en materia tributaria. El Reglamento de Municipalidades del año citado establece como rentas municipales «todos los fondos que fueron creados por las municipalidades, y los que se le asignaron por leyes anteriores al decreto de 30 de enero de 1865, los cuales volverán al Tesoro de cada concejo municipal».

Desafortunadamente, explica Serrate Paz, desde 1930 a la fecha, los municipios han perdido no solo la autonomía tributaria, sino la política. Los concejales son elegidos por el presidente, de entre tres concejales propuestos por el ayuntamiento. Además, no pueden crear tributos.

En un brevísimo resumen, decimos que la mejor época del municipio en Perú, fue la de la Colonia.

## **Cuba**

Su organización municipal, según la autora Julieta Morales Sánchez: en la época colonial, el municipio cubano reprodujo el modelo español: el alcalde, intendente o prefecto, a la cabeza del cabildo o ayuntamiento, integrado por regidores, también llamados concejales. Esta organización fue implantada por Hernán Cortés, quien había vivido en Cuba y tenía conocimientos legales.

El municipio hispanoamericano nació libre, autónomo y capaz de darse su propia acta fundacional, leyes, reglamentos y bandos, puesto que no había autoridad intermedia entre el municipio y los reyes, gobernadores o virreyes. Cuando se fue afianzando la conquista, las nuevas autoridades absorbieron las facultades originales de los ayuntamientos. En el presente los municipios han quedado transformados, después de su desaparición en 1959, en oficinas de enlace con el Gobierno central revolucionario, según lo explica la autora Julieta Morales Sánchez en la obra *Régimen jurídico municipal*, coordinada por David Cienfuegos, publicada por la UNAM en 2008, p. 235.

El municipio mexicano, como se estructura jurídicamente en la actualidad, remite al municipio de la conquista. Lo único que ha cambiado es la ampliación administrativa, al crear áreas específicas de trabajo y atención de las necesidades de la población, como obras públicas, salubridad, vías de comunicación, asistencia social, recolección de residuos, etcétera, y esto, según la población actual.

En cuanto a la capacidad para crear sus propias leyes, no se le reconoce ninguna facultad, ya que el municipio carece de una asamblea legislativa para regular los asuntos del municipio.

En materia financiera, los impuestos derechos y aprovechamientos los fija el Congreso. Existen participaciones federales y estatales que salvan a unos cuantos municipios, los importantes, pero que abandonan a los municipios pobres y más alejados de las grandes ciudades.

La elección de los ayuntamientos sigue siendo por voto libre y secreta, y los ayuntamientos duran 3 años. Las funciones de los regidores son intrascendentes y su actuación es por demás obscura.

Finalmente, al alcalde, que lleva la representación legal del municipio y la coordinación general del ayuntamiento, dedica su tiempo a hacer política con afán de escalar mejores posiciones mediante actividades de movilización popular, publicidad y festejos, lo que también los convierte en personajes de la prensa, con abierta ostentación. Su día transcurre en la planeación de la campaña de prensa, el costo de la publicidad en radio, televisión y prensa, organización de actividades de diversión popular como desfiles de personajes de Walt Disney, concursos para un récord Guinness, las fiestas religiosas como el 12 de diciembre de la Virgen de Guadalupe, el día de los Santos Reyes, los arreglos navideños, el desfile de primavera de los niños, etcétera.

En cambio, las ciudades lucen en el abandono: la pavimentación en ruinas, los semáforos sin control, totalmente asincrónico, los vehículos paralizados por la falta de un sistema que dé fluidez al tráfico y así mismo, las plazas públicas desatendidas; grandes parques inexistentes, al igual que los centros deportivos.

Con tantas carencias, los niños y jóvenes no tienen donde divertirse sanamente, ni practicar deportes. Sí existe el interés del municipio mexicano de asomarse hacia una idea de diversión sana y práctica de deportes, pero están fuera de los lugares donde urge una

acción municipal vigorosa. Los grandes parques, que existen son poquísimos, están muy lejos, sin fácil comunicación y en general, resultan disfuncionales. Por supuesto, no hay bibliotecas ni escuelas de artes y oficios para que los jóvenes aprendan a forjarse un camino independiente, de autoempleo, como en Estados Unidos. En suma, la juventud pobre está abandonada. El resultado de esto es el pandillerismo, el uso de solventes, el consumo de drogas, y por supuesto, la delincuencia.

En el caso de la zona metropolitana de Monterrey, de nada nos sirve el ejemplo de los Estados Unidos, donde los municipios ofrecen escuelas técnicas de oficios, desde electricidad y plomería hasta aire acondicionado para aviones. Los alcaldes o bien ignoran que existen estos centros de capacitación de gran calidad técnica, o bien no quieren invertir en estos remedios contra el desempleo, la drogadicción y la delincuencia.

La paradoja mexicana es que resulta muy difícil encontrar un plomero, un electricista, un carpintero o algún otro técnico capacitado. Los que sí están preparados están abrumados de trabajo. Miles de jóvenes son inútiles y se lanzan a la delincuencia. En las últimas décadas, la ciudad de Monterrey y su área metropolitana no han cambiado absolutamente en cuanto a ofrecer salidas al pandillerismo, la droga o la falta de capacitación para el trabajo de los jóvenes.

En cuanto a la estructura jurídica del municipio, esta se ha mantenido en la época colonial, salvo las áreas administrativas. El alcalde, los síndicos y, por supuesto, los regidores son anacrónicos, están fuera del tiempo político que más corresponde vivir, limitándose a ocupar sus puestos sin ofrecer un futuro mejor, lo que es aún peor, sin un horizonte para las generaciones de niños que pronto serán jóvenes y se enfrentarán a la indiferencia de las autoridades municipales, incapaces de abrir puertas para acceder a una vida sana y digna mediante las opciones de capacitaciones, deportes, parques y demás actividades más constructivas que concursos de la pizza más grande, desfiles de personajes de televisión, patinaderos de hielo y demás diversiones que no ayudan a formar ni dan cultura. Debe darse cabida al candidato ciudadano, a la revocación, al referéndum y a la consulta popular en votaciones y a la revocación del mandato para todos los funcionarios municipales.

Nuestra opinión es que el municipio mexicano fue rebasado por la vida hace muchos años. Los alcaldes, los regidores y los síndicos deben dar su lugar a otra organización jurídica, donde el alcalde se dedique a hacer política, pero no tenga ninguna autoridad sobre los fondos públicos, no controle al tesorero ni al ayuntamiento y no decida los destinos del municipio. El tesorero o administrador municipal debería ser controlado por un concejo electo popularmente sin ser necesariamente, miembro de un partido. Los regidores son decorativos actualmente y es momento de aprender de otros países, en los que existen concejales o regidores que participan independientemente de los partidos. Además, los regidores deben rendir cuentas a la ciudadanía que les corresponde representar, al igual que los demás funcionarios municipales. Finalmente, es de considerar, tener una cámara legislativa para que el municipio dé leyes dentro de los límites de la Constitución Política del Estado. Las áreas administrativas no requieren, en nuestra opinión, cambios importantes.

Lo que urge, es eliminar la discrecionalidad absoluta de los alcaldes para la toma de decisiones; urge la participación de la ciudadanía tanto en todo el municipio, como en el distrito que corresponde a cada regidor. Urge la penalización de los delitos y faltas cometidas por las autoridades municipales, no solo por las autoridades estatales, sino por acciones legales que se concedan a la ciudadanía para la remoción de los funcionarios incapaces a delincuentes.

## **X. CONCLUSIONES**

En nuestra opinión, se requiere:

— Dar autonomía plena a los municipios para que puedan tener una cámara municipal que sustituya al cabildo y que tenga autoridad para legislar a nivel municipal.

— Una comisión mixta integrada por autoridades del Ejecutivo, del Congreso y ciudadanos independientes, además de medios de comunicación y cámaras de negocios, para analizar y resolver las quejas en contra de los funcionarios municipales que cometan faltas graves, con autoridad para sancionarlos.

— Apoyar a los municipios pequeños con personal capacitado en áreas que el municipio no puede atender por falta de recursos.

— Destinar mayores recursos financieros para impulsar el crecimiento de los municipios pequeños.

— Aceptar candidatos ciudadanos independientes en elecciones y establecer el referéndum; establecer la consulta popular y la revocación del mandato para todos los funcionarios municipales.

— La reelección la consideramos valiosa por una sola vez para evitar la perpetuidad política.





# **LAS MUNICIPALIDADES DE CENTROS POBLADOS DE LA PROVINCIA DE TRUJILLO. NATURALEZA JURÍDICA ADMINISTRATIVA**

Por *MIRKO MALDONADO-MELÉNDEZ* \*

«El poder se tiene mientras se ejerce y su única legitimidad es la entrega total al servicio de los demás»

*Adolfo Suárez (1968).*

## **Sumario**

I. Introducción. II. Los centros poblados desde la perspectiva constitucional. III. Aproximación conceptual de las municipalidades de los centros poblados. IV. Tipología de los centros poblados. V. Sistema de competencias de los centros poblados. VI. Régimen organizacional. VII. Funciones de las municipalidades de los centros poblados. VIII. Procedimiento eleccionario en los centros poblados. IX. Recursos de los centros poblados. X. Responsabilidad en el uso de los recursos de los centros poblados. XI. Limitaciones de los centros poblados. XII. Municipalidades de los centros poblados de la provincia de Trujillo. XIII. Principales problemas de los centros poblados de la provincia de Trujillo. IX. Bibliografía.

## **Resumen**

Las municipalidades de los centros poblados en el Perú están reguladas por la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades y otras normas como la Ley de Bases de la Descentralización, la Ley de Demarcación Territorial y Ley de Elecciones en los Centros Poblados; sin embargo, no existe un tratamiento sobre la naturaleza jurídica de las municipalidades de los centros poblados, toda vez que los cuerpos positivos ya mencionados los excluyen del concepto de gobierno local. Por lo que el presente ensayo intenta explorar un poco en el ordenamiento nacional y precisar algunas reflexiones, describiendo la realidad en que se encuentran los centros poblados.

## **Palabras claves**

Municipalidades de los centros poblados. Ley Orgánica de Municipalidades. Ley de Elecciones de los Centros Poblados.

---

\* Exprofesor de Derecho Administrativo.

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende dar una visión jurídica administrativa de las llamadas *municipalidades de centros poblados*, cuya denominación anterior fue *municipalidades delegadas*, así quedó establecida en la fenecida Ley 23853, artículo 40, numeral 4 del mencionado texto legal.<sup>1</sup>

No cabe duda, para ello un amplio sector de la doctrina municipalista sostiene que gran parte de las municipalidades sudamericanas tienen sus raíces históricas en las leyes municipalistas de España, herencia ibérica que es el legado de sus instituciones jurídico-políticas municipales.<sup>2</sup> Por lo que coincido con lo vertido por este sector de la academia; luego, con el pasar del tiempo, y debido a las circunstancias históricas de cada país, estos sufrieron sus propias rupturas o cambios coyunturales y de reforma del Estado.

Debo partir señalando, desde la óptica constitucional, que la Constitución de 1933, ya expresaba los cimientos incipientes de las bases de la división territorial del país, dicha norma establecía en su artículo 203 que «habrá concejos municipales en las capitales de provincia y distritos y en los pueblos que determine el respectivo concejo departamental». Este concejo departamental es lo que hoy en día denominamos *municipalidades provinciales*.

## II. LOS CENTROS POBLADOS DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

La Constitución de 1933 y las constituciones sucesoras (en tiempos de democracia) son quienes marcan un hito en el proceso de descentralización, idea que comienza a cobrar fuerza, buscando un acercamiento directo entre las municipalidades (de los centros de decisión) y sus habitantes más cercanos, dentro de su ámbito geográfico, de modo que se generen espacios de diálogo y participación entre ellos.<sup>3</sup> De esta manera, delega competencias administrativas de los llamados *concejos municipales departamentales* a favor de los concejos municipales distritales e incluso (a su vez) a los «pueblos» que se crean por determinación del concejo municipal departamental.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Expresa que los pueblos, *centros poblados*, caseríos, comunidades campesinas y nativas que determine el concejo municipal provincial. Nótese que el término *centro poblado* es una especie de la municipalidad delegada que en este caso viene a ser el género.

<sup>2</sup> Ver Hernández-Mendible, V. (2009: v). También es propicio precisar una diferencia fundamental, entre *municipalidad*, *municipio* y *concejo municipal*. La primera de ellas es la institución del Estado con personería jurídica, facultada para ejercer el gobierno de un distrito o provincia, promoviendo la satisfacción de las necesidades de la población y el desarrollo de su ámbito. El segundo se encuentra referido a la entidad que agrupa tres componentes que se interrelaciona entre sí: la población, el territorio y la organización local. Finalmente, el concejo municipal vendría a ser un órgano del gobierno municipal que cumple las funciones normativas y de fiscalización, integrado por el alcalde y los regidores.

<sup>3</sup> El artículo 203 de la Constitución 1933, se desprende que «habrá concejos municipales en las capitales de provincia y de distrito y en los *pueblos que determine el respectivo concejo departamental*». Este es el antecedente más remoto de Centro Poblado o Municipalidad delegada.

<sup>4</sup> Al igual que la vigente Ley Orgánica de Municipalidades, es el concejo municipal provincial, quien crea el centro poblado.

Posteriormente, la Constitución Política de 1979, impregnada del espíritu descentralista, en su artículo 252, define a las municipalidades como órganos del Gobierno local: «La administración municipal se ejerce por los concejos municipales, distritales y los que se establecen conforme a ley». Mientras que su sucesora la Constitución de 1993, continúa y fortalece el proceso de descentralización, para mayor muestra el artículo 189, señala en su parte *in fine* que el ámbito del nivel regional de gobierno son las regiones y departamentos. El ámbito del nivel local de Gobierno son las provincias, distritos y los centros poblados. Da la impresión que los padres fundadores de la Constitución de 1993, utilizan por decirlo un solo término de carácter antropológico como centro poblado, para denominar así lo que la doctrina denomina *municipalidades delegadas*.

El artículo 194 de la Constitución Política de 1993, prosigue definiendo a las *municipalidades provinciales y distritales como los órganos de gobierno local*. Quienes tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Sin embargo, cuando se refiere a las municipalidades de los centros poblados poco o casi nada precisa, tan solo se limita a decir que son creadas conforme a Ley. Encontrándonos así con una premisa: ¿el centro poblado verdaderamente una especie de gobierno local?<sup>5</sup> La respuesta a esta interrogante se decantara más adelante.

### III. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL DE LAS MUNICIPALIDADES DE LOS CENTROS POBLADOS

Una definición desde la perspectiva sociológica, es todo lugar del territorio nacional rural o urbano, identificado mediante un nombre y habitado con un ánimo de permanencia, sus habitantes se encuentran vinculados por intereses comunes de carácter económico, social, cultural e histórico. Dichos centros poblados pueden acceder, según sus atributos o categorías, como: caserío, pueblo, villa, ciudad, metrópoli.

Otra definición que el ordenamiento positivo peruano le da a los centros poblados, lo encontramos en el artículo 4 del Decreto Supremo 019-2003-PCM, del 24 de febrero del 2003, Reglamento de la Ley de Demarcación Territorial, referido a las definiciones por la cual se establece que «centro poblado es todo lugar del territorio nacional, rural o urbano identificado mediante un nombre y habilitado con ánimo de permanencia, sus habitantes se encuentran vinculados por intereses comunes de carácter económico, social, cultural e histórico».<sup>6</sup>

La anterior Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 23853, les denominaba *municipalidades delegadas* y, posteriormente, la nueva Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, les denomina *centros poblados*. Estos últimos se crean por ordenanza municipal consenti-

<sup>5</sup> Un amplio sector de la doctrina se limita a definir a los Gobiernos locales como conjunto de personas asentadas en un territorio determinado, jurídicamente organizadas que persiguen como fin común la satisfacción de necesidades colectivas. Ver Castro Pozo Díaz, H. (2010-203,204).

<sup>6</sup> Vid el enlace: [http://dntdt.pcm.gob.pe/sites/default/files/archivos\\_normas/019-2003-PCM\\_0.pdf](http://dntdt.pcm.gob.pe/sites/default/files/archivos_normas/019-2003-PCM_0.pdf) (fecha de consulta: 13/02/2014)

da y ejecutoriada emitida por la municipalidad provincial,<sup>7</sup> previo conocimiento y autorización del correspondiente Concejo Distrital. En ambas leyes orgánicas aparentemente se sustituye el término de *municipalidades delegadas* por *centro poblado*, pero no considero que sea así, la interpretación versada en la ley orgánica, sino más bien la municipalidad del centro poblado es un tipo de municipalidad delegada.

A nuestro modo de entender las municipalidades de centro poblado son formas primigenias de subgobierno local o municipalidad de inferior jerarquía que su antecesora (la municipalidad distrital), que forma parte de una unidad u órgano desconcentrado, que mediante ley de creación, conforma como un órgano administrativo que no posee personería jurídica propia. Que para el colmo de sus males se encuentra subordinadas económicamente del concejo municipal provincial, que es quien las crea y delimita su territorio, su nivel de jurisdicción y son quienes dependen de sus principales decisiones.<sup>8</sup>

La Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 128 sanciona su creación, además de su delimitación territorial, su régimen de organización interior, las funciones que se delegan, sus recursos asignados y las atribuciones administrativas y económicas-tributarias.<sup>9</sup> Para la creación de una municipalidad de centro poblado, se requiere la aprobación mayoritaria de los regidores (o concejales) que integran el concejo municipal provincial, así como la comprobación fidedigna de los requisitos contenidos en el artículo 129 de la Ley 27972:<sup>10</sup>

Solicitud de un comité de gestión suscrita por un mínimo de mil habitantes mayores de edad domiciliados en dicho Centro Poblado y registrados debidamente y acreditar a dos delegados.

Que el Centro Poblado no se halle dentro del área urbana del Distrito al cual pertenece. Que exista comprobada necesidad de servicios locales en el Centro Poblado y su eventual sostenimiento.

Que exista opinión favorable del concejo municipal distrital, sustentada en informes de las gerencias de planificación y presupuesto, de desarrollo urbano y de asesoría jurídica, o sus equivalentes de la Municipalidad Distrital respectiva.

Que la ordenanza municipal de creación quede consentida y ejecutoriada.

Es nula la ordenanza de creación que no cumple los requisitos antes señalados, bajo responsabilidad exclusiva del alcalde provincial.

<sup>7</sup> Castro-Pozo Díaz, H. Ob. cit.

<sup>8</sup> El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución peruana de 1993, en la sentencia del TC, del 20/2/2006, en el que excluye a los Centros poblados de ser Gobierno Local, fundamento 3 de la precitada sentencia. Ver link: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2005-CC.html> (Fecha de consulta: 16/02/2014).

<sup>9</sup> Zavaleta Barreto, M; Zavaleta Carruitero, W., 2007: 201; Dongo Denegri, L., 2003: 821.

<sup>10</sup> La caduca Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 23853, en su artículo 5 establecía otros requisitos distintos como: «1. Comprobada necesidad de servicios locales. 2. Que su territorio no se halle comprendido dentro de los límites de la capital de Provincia o en el núcleo poblacional de su Distrito. 3. Que cuente con más de 50 personas mayores de edad. 4. Que posea medios económicos suficientes para organizar y sostener los servicios municipales esenciales. 5. Que sea solicitado por la mayoría de los habitantes mayores de la localidad. 6. Que sea aprobada por el Consejo municipal Provincial previo al consejo municipal distrital respectivo».

Es notorio el cambio de régimen de la Ley Orgánica anterior a la vigente Ley Orgánica de Municipalidades, al punto que los requisitos que se vierten en su artículo 129, tienen que darse todos juntos y no por separado. De darse una creación sin los requisitos establecidos en el artículo precedente, adolecería de una nulidad absoluta, bajo las acciones de responsabilidad (civil y penal) del alcalde provincial.

Sobre el periodo de quienes integran el concejo municipal del centro poblado, el artículo 130, establece un periodo de cinco años para el alcalde y los cinco regidores que lo conforman. Con un mandato de cuatro años, contados a partir de su creación.<sup>11</sup>

Un aspecto resaltante es que la vigente Ley orgánica de Municipalidades guarda armonía con la Ley 28440, Ley de Elecciones de las Autoridades Municipales de Centros Poblados, la cual cierra todo tipo de controversia en el tratamiento de estas. Pues corresponde a las municipalidades provinciales la convocatoria a elecciones, fecha del sufragio, la conformación de padrón electoral, la inscripción de listas de candidatos, y las reglas sobre el cómputo y proclamación de las autoridades de centros poblados. Para ello podrían celebrar convenios con la Oficina Nacional de Procesos Electorales.

En ese sentido las municipalidades provinciales las que convocan a elecciones, son las mismas municipalidades provinciales las que los proclaman, tal como lo establece el artículo 131, que a la letra dice: «El alcalde y los regidores de las municipalidades de centros poblados son proclamados por el alcalde provincial, ratificando el resultado de las elecciones convocadas para tal fin».

#### **IV. TIPOLOGÍA DE LOS CENTROS POBLADOS**

De acuerdo con el artículo 8 de la Ley 27795, Ley de Demarcación Territorial, de fecha 27/05/2002, los Centros Poblados pueden tener las siguientes categorías:<sup>12</sup>

- Ciudad pueblo joven
- Urbanización.
- Pueblo
- Caserío
- Anexo
- Comunidad nativa
- Unidad agropecuaria
- Comunidad campesina
- Campamento minero

---

<sup>11</sup> La anterior Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 23583, señalaba que «los consejos municipalidades delegadas están integradas por un alcalde y 5 regidores. Son elegidos por el consejo provincial de las ternas que se le proponga por el consejo distrital, en tanto se efectúen elecciones conforme a la ley electoral».

<sup>12</sup> Para mayor abundamiento consultar el artículo 8 de la Ley 27795, Ley de Demarcación Territorial en el siguiente enlace: [http://dntdt.pcm.gob.pe/sites/default/files/archivos\\_normas/Ley\\_27795.pdf](http://dntdt.pcm.gob.pe/sites/default/files/archivos_normas/Ley_27795.pdf) (fecha de visita 13/02/2014). Del mismo modo, el artículo 4 del D.S. 019-2003-PCM, reglamento de la Ley de demarcación Territorial, ratifica la clasificación que se hace sobre la base de sus atributos.

Luego que para el caso de la provincia de Trujillo la clasificación es de la siguiente manera:

Nro.	Distrito	Capital	Categorización
1	Trujillo	Trujillo	Ciudad
2	El Porvenir	Porvenir	Pueblo
3	Florencia de Mora	Florencia de Mora	Ciudad
4	Huanchaco	Huanchaco	Pueblo
5	La Esperanza	La Esperanza	Pueblo
6	Laredo	Laredo	Pueblo
7	Moche	Moche	Villa
8	Poroto	Poroto	Pueblo
9	Salaverry	Salaverry	Villa
10	Simbal	Simbal	Pueblo
11	Buenos Aires	Buenos Aires	Pueblo

Fuente: Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial - PCM y Gobierno Regional de La Libertad.  
Elaboración: El autor.

Mientras para la categorización o recategorización de un centro poblado, como caserío, pueblo, villa, ciudad y metrópoli debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 9 del Reglamento de la Ley de Demarcación Territorial Decreto Supremo 019-2013-PCM.<sup>13</sup> Y es el gobierno regional de cada jurisdicción quien categorice o recategorice el centro poblado.

<sup>13</sup> La mencionada norma prescribe, los requisitos que a continuación transcribo: a) *Para caserío:*

a.1) Población concentrada entre 151 y 1000 habitantes; a.2) Viviendas ubicadas en forma continua o dispersa parcialmente; a.3) Un local comunal de uso múltiple; a.4) Centro Educativo en funcionamiento.

b) *Para pueblo:*

b.1) Población concentrada entre 1001 y 2500 habitantes; b.2) Viviendas ubicadas en forma contigua y continuada, con una disposición tal que conformen calles y una plaza céntrica; b.3) Servicios de Educación: infraestructura, equipamiento y personal para el nivel de primaria completa; b.4) Servicios de Salud: infraestructura, equipamiento y personal de un puesto de Salud; b.5) Local Comunal de uso múltiple; b.6) Áreas recreacionales.

c) *Para villa:*

c.1) Población concentrada entre 2501 y 5000 habitantes; c.2) Plan de Ordenamiento Urbano aprobado por la Municipalidad Provincial respectiva; c.3) Viviendas agrupadas en forma contigua y continuada con una disposición tal que se conformen calles y una plaza céntrica, de acuerdo con el Plan de Ordenamiento Urbano; c.4) Servicios de Educación: infraestructura, equipamiento y personal para los niveles de primaria completa y los tres primeros grados de secundaria; c.5) Servicios de Salud: infraestructura, equipamiento y personal para un Centro de Salud; c.6) Otros servicios de acuerdo con los requerimientos planteados en el Plan Urbano aprobado por la Municipalidad Provincial; c.7) Servicios de correos, telefonía pública, entre otros; c.8) Desempeñar función de servicios de apoyo a la producción localizada en su área de influencia y función complementaria a los centros poblados del distrito al que pertenece.

d) *Para ciudad:*

Las ciudades se clasificarán en ciudades menores, intermedias y mayores. Su población comprenderá entre 5001 y 500 000 habitantes. Es requisito contar con el Plan de Acondicionamiento Territorial y los Planes Urbanos según corresponda.

e) *Para metrópoli:*

Su población comprende a más de 500 001 habitantes.

Es requisito contar con el Plan de Acondicionamiento y Plan de Desarrollo Metropolitano.

## V. SISTEMA DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS DE LOS CENTROS POBLADOS DE LA PROVINCIA DE TRUJILLO

El sistema de competencias administrativas tiene un fuerte paraguas normativo que descansa en la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización que en el inciso 48.1, del artículo 48, referido al régimen de los centros poblados, prescribe: «Las municipalidades de los centros poblados se rigen por las normas que establezca la Ley Orgánica de Municipalidades, para su creación, ámbito de competencias y funciones delegadas, elección de nuestras autoridades y rentas para su operación y funcionamiento».

Como hemos suscrito los centros poblados tienen un número establecido (muchas veces reducido) de competencias delegadas en materia administrativa para su funcionamiento. Al momento de ser creadas por las municipalidades provinciales con su respectiva ordenanza municipal, se les otorga las mencionadas competencias, funciones y atribuciones a los centros poblados.<sup>14</sup>

Sin embargo, desde la fecha de creación hasta nuestros días muchas de ellas han ido fortaleciéndose; más aún con la entrada en vigencia de la Ley 28458, de fecha 9 de enero de 2005, Ley que establece el plazo de adecuación de las Municipalidades de Centros Poblados de 90 días, para la adecuación de la derogada Ley orgánica de municipalidades a la nueva Ley Orgánica de Municipalidades vigente.<sup>15</sup>

Al respecto debe señalarse que todos los centros poblados (los citados en el cuadro 1) de la provincia de Trujillo, han cumplido con la adecuación a la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; aquí podemos citar algunas de ellas<sup>16</sup>:

**1. Ordenanza Municipal 023-2013-MPT**, del 8 de abril de 2013, dispone en su artículo 1. De las atribuciones, competencias y funciones delegadas a favor de la Municipalidad del Centro Poblado de Las Delicias, las competencias a favor del alcalde señaladas en el artículo 20, incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 31, 33, 34, 35 de la vigente Ley Orgánica de Municipalidades.

Mientras que al concejo municipal del centro poblado los incisos 3, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 20, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 del artículo 9 de la aludida Ley.

La ordenanza expedida por el Concejo Provincial de Trujillo materia de análisis también le asigna recursos mensuales tanto de la Municipalidad Distrital de Moche, así como

<sup>14</sup> Así ha quedado establecido en el inciso 48.1 del artículo 48 de la Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización.

<sup>15</sup> Ver artículo 1 y 2 de la precitada Ley 28458 en el siguiente enlace: <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/LEY%20QUE%20ESTABLECE%20PLAZO%20PARA%20LA%20ADECUACION%20DE%20LAS%20MUNICIPALIDADES.pdf>

<sup>16</sup> Para ver al detalle todas las Ordenanzas de adecuación de los Centros Poblados y ver sus competencias ver el siguiente enlace del repositorio digital: <http://www.munitrujillo.gob.pe/portal/transparencia/municipal> (fecha de consulta: 17/02/2014)



de la Municipalidad Provincial de Trujillo. De la misma manera le asigna cuáles son sus recursos propios, su capacidad sancionadora, sus rentas entre otras funciones.

Son atribuciones del alcalde (artículo 20):

1. Defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y los vecinos;
2. Convocar, presidir y dar por concluidas las sesiones del concejo municipal;
3. Ejecutar los acuerdos del concejo municipal, bajo responsabilidad;
4. Proponer al concejo municipal proyectos de ordenanzas y acuerdos;
5. Promulgar las ordenanzas y disponer su publicación;
6. Dictar decretos y resoluciones de alcaldía, con sujeción a las leyes y ordenanzas;
7. Dirigir la formulación y someter a aprobación del concejo el plan integral de desarrollo sostenible local y el programa de inversiones concertado con la sociedad civil;
8. Dirigir la ejecución de los planes de desarrollo municipal;
9. Someter a aprobación del concejo municipal, bajo responsabilidad y dentro de los plazos y modalidades establecidos en la Ley Anual de Presupuesto de la República, el Presupuesto Municipal Participativo, debidamente equilibrado y financiado;
10. Aprobar el presupuesto municipal, en caso de que el concejo municipal no lo apruebe dentro del plazo previsto en la presente ley;
11. Someter a aprobación del concejo municipal, dentro del primer trimestre del ejercicio presupuestal siguiente y bajo responsabilidad, el balance general y la memoria del ejercicio económico fenecido;
12. Proponer al concejo municipal la creación, modificación, supresión o exoneración de contribuciones, tasas, arbitrios, derechos y licencias; y, con acuerdo del concejo municipal, solicitar al Poder Legislativo la creación de los impuestos que considere necesarios;
13. Someter al concejo municipal la aprobación del sistema de gestión ambiental local y de sus instrumentos, dentro del marco del sistema de gestión ambiental nacional y regional;
14. Proponer al concejo municipal los proyectos de reglamento interno del concejo municipal, los de personal, los administrativos y todos los que sean necesarios para el gobierno y la administración municipal;
15. Informar al concejo municipal mensualmente respecto al control de la recaudación de los ingresos municipales y autorizar los egresos de conformidad con la ley y el presupuesto aprobado;
16. Celebrar matrimonios civiles de los vecinos, de acuerdo con las normas del Código Civil;
17. Designar y cesar al gerente municipal y, a propuesta de este, a los demás funcionarios de confianza;
18. Autorizar las licencias solicitadas por los funcionarios y demás servidores de la municipalidad;
19. Cumplir y hacer cumplir las disposiciones municipales con el auxilio del sereno y la Policía Nacional;
20. Delegar sus atribuciones políticas en un regidor hábil y las administrativas en el gerente municipal;
21. Proponer al concejo municipal la realización de auditorías, exámenes especiales y otros actos de control;

22. Implementar, bajo responsabilidad, las recomendaciones contenidas en los informes de auditoría interna;
23. Celebrar los actos, contratos y convenios necesarios para el ejercicio de sus funciones;
24. Proponer la creación de empresas municipales bajo cualquier modalidad legalmente permitida, sugerir la participación accionaria, y recomendar la concesión de obras de infraestructura y servicios públicos municipales;
25. Supervisar la recaudación municipal, el buen funcionamiento y los resultados económicos y financieros de las empresas municipales y de las obras y servicios públicos municipales ofrecidos directamente o bajo delegación al sector privado;
26. Presidir las Comisiones Provinciales de Formalización de la Propiedad Informal o designar a su representante, en aquellos lugares en que se implementen;
27. Otorgar los títulos de propiedad emitidos en el ámbito de su jurisdicción y competencia;
28. Nombrar, contratar, cesar y sancionar a los servidores municipales de carrera;
29. Proponer al concejo municipal las operaciones de crédito interno y externo, conforme a Ley;
30. Presidir el comité de defensa civil de su jurisdicción;
31. Suscribir convenios con otras municipalidades para la ejecución de obras y prestación de servicios comunes;
33. Resolver en última instancia administrativa los asuntos de su competencia de acuerdo al Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad;
34. Proponer al concejo municipal espacios de concertación y participación vecinal;
35. Las demás que le correspondan de acuerdo a ley.

Corresponde al Concejo municipal, artículo 9, incisos:

3. Aprobar el régimen de organización interior y funcionamiento del gobierno local.
8. Aprobar, modificar o derogar las ordenanzas y dejar sin efecto los acuerdos.
9. Crear, modificar, suprimir o exonerar de contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos, conforme a ley.
10. Declarar la vacancia o suspensión de los cargos de alcalde y regidor.
11. Autorizar los viajes al exterior del país que, en comisión de servicios o representación de la municipalidad, realicen el alcalde, los regidores, el gerente municipal y cualquier otro funcionario.
12. Aprobar por ordenanza el reglamento del concejo municipal.
14. Aprobar normas que garanticen una efectiva participación vecinal.
15. Constituir comisiones ordinarias y especiales, conforme a su reglamento.
16. Aprobar el presupuesto anual y sus modificaciones dentro de los plazos señalados por ley, bajo responsabilidad.
17. Aprobar el balance y la memoria.
20. Aceptar donaciones, legados, subsidios o cualquier otra liberalidad.
22. Autorizar y atender los pedidos de información de los regidores para efectos de fiscalización.
23. Autorizar al procurador público municipal, para que, en defensa de los intereses y derechos de la municipalidad y bajo responsabilidad, inicie o impulse procesos judiciales contra los funcionarios, servidores o terceros respecto de los cuales el órgano de control interno haya encontrado responsabilidad civil o

penal; así como en los demás procesos judiciales interpuestos contra el gobierno local o sus representantes.

25. Aprobar la donación o la cesión en uso de bienes muebles e inmuebles de la municipalidad a favor de entidades públicas o privadas sin fines de lucro y la venta de sus bienes en subasta pública.

26. Aprobar la celebración de convenios de cooperación nacional e internacional y convenios interinstitucionales.

27. Aprobar las licencias solicitadas por el alcalde o los regidores, no pudiendo concederse licencias simultáneamente a un número mayor del 40% (cuarenta por ciento) de los regidores.

28. Aprobar la remuneración del alcalde y las dietas de los regidores.

29. Aprobar el régimen de administración de sus bienes y rentas, así como el régimen de administración de los servicios públicos locales.

30. Disponer el cese del gerente municipal cuando exista acto doloso o falta grave.

31. Plantear los conflictos de competencia.

33. Fiscalizar la gestión de los funcionarios de la municipalidad.

34. Aprobar los espacios de concertación y participación vecinal, a propuesta del alcalde, así como reglamentar su funcionamiento.

35. Las demás atribuciones que le correspondan conforme a ley

**2. Ordenanza Municipal 002-2009-MPT**, de fecha 23 de enero de 2009, a favor de la Municipalidad del Centro Poblado de Curva del Sun, la cual establece en su artículo 1, atribuciones para el alcalde, incisos 1, 2, 3, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 28, 31, 32, 33, 35 del artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Mientras que para el Concejo Municipal, los incisos 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22 del artículo 9 de Ley Orgánica de Municipalidades. Así mismo transfiere competencias para la organización del espacio físico y uso del suelo: su sistema de recaudación del impuesto predial y el impuesto de alcabala; saneamiento, salubridad, servicios, seguridad y salud; educación y deportes, participación vecinal y seguridad ciudadana; registro civil; defensoría del niño y del adolescente; régimen de administración; recursos; atribuciones administrativas.

**3. Ordenanza Municipal 012-2009-MPT**, del 23 de abril de 2009, dispone atribuciones, competencias y funciones delegadas a favor de la Municipalidad del Centro Poblado Villa del Mar. Aparte de las señaladas en el artículo 20 relativas al alcalde y a las expuestas a favor del concejo municipal, reflejadas en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades, tienen competencias para:

- La organización del espacio físico y uso del suelo.
- Administración y cobranza del impuesto predial y el impuesto de alcabala.
- El saneamiento, salubridad y salud.
- Educación, deportes, participación vecinal y seguridad ciudadana.
- Registro civil.
- Régimen de administración.
- Relativo a sus recursos.

- Rendición de cuentas.
- Atribuciones administrativo económicas.

**4. Ordenanza Municipal 012-2009**, del 23 de abril de 2009, a favor de la Municipalidad de Villa del Mar, cuyas competencias administrativas abarcan las facultades para el alcalde y el concejo municipal, otras facultades como son:

- La organización del espacio físico y uso del suelo.
- Administración y cobranza del impuesto del impuesto predial, de la alcabala.
- Saneamiento, salubridad, servicios, salud.
- Educación y deportes, participación vecinal y seguridad ciudadana.
- Registro civil.
- Defensoría del niño y del adolescente.
- Régimen de administración.
- Recursos.
- Rendición de cuentas.
- Atribuciones administrativo-económicas.

**5. Ordenanza 004-2009-MPT**, del 23 de enero de 2013, expedida a favor de la Municipalidad del Centro Poblado de El Trópico, que en su artículo 1 refiere sobre las atribuciones del alcalde, incisos 1, 2, 3, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 25, 28, 31, 32, 33, 34,35 del artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Las atribuciones del Concejo, incisos 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35 del artículo 9 de la descrita Ley Orgánica de Municipalidades.

Las atribuciones de los Regidores, incisos 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Luego, tenemos competencias para:

- La organización del espacio físico y uso del suelo.
- La recaudación del Impuesto predial y del Impuesto de alcabala, impuesto a los espectáculos públicos no deportivos.
- Luego tienen competencia para saneamiento, salubridad, servicio, seguridad y salud.
- Educación y deportes, participación vecinal y seguridad ciudadana.
- Registro civil.
- Defensoría del niño y del adolescente.
- Régimen de administración.
- Recursos con los que cuenta.

**6. Ordenanza 007-2009-MPT**, del 23 de enero de 2009, a favor de la Municipalidad del Centro Poblado de Menocucho.

Así mismo, transfiere competencias para:

- La organización del espacio físico y uso del suelo:
- Su sistema de recaudación del impuesto predial y el impuesto de alcabala
- Saneamiento, salubridad, servicios, seguridad y salud.
- Educación y deportes, participación vecinal y seguridad ciudadana.

- Registro civil.
- Defensoría del niño y del adolescente.
- Régimen de administración.
- Recursos.
- Atribuciones administrativas.

**7. Ordenanza 011-2009-MPT**, del 23 de enero de 2009 a favor de la Municipalidad del Centro Poblado de Víctor Raul Haya de la Torre.

Así mismo transfiere competencias para:

- La organización del espacio físico y uso del suelo.
- Su sistema de recaudación del impuesto predial y el impuesto de alcabala.
- Saneamiento, salubridad, servicios, seguridad y salud.
- Educación y deportes, participación vecinal y seguridad ciudadana.
- Registro civil.
- Defensoría del niño y del adolescente.
- Régimen de administración.
- Recursos.
- Atribuciones administrativas.

**8. Ordenanza 003-2009-MPT**, del 23 de enero de 2013 a favor de la Municipalidad del Centro Poblado de El Milagro.

Así mismo, transfiere competencias para:

- La organización del espacio físico y uso del suelo.
- Su sistema de recaudación del impuesto predial y el impuesto de alcabala.
- Saneamiento, salubridad, servicios, seguridad y salud.
- Educación y deportes, participación vecinal y seguridad ciudadana.
- Registro civil.
- Defensoría del niño y del adolescente.
- Régimen de administración.
- Recursos.
- Atribuciones administrativas.

## **VI. RÉGIMEN ORGANIZACIONAL DE LOS CENTROS POBLADOS**

La mayoría de los Centros Poblados, hoy en día se encuentran adecuados a la vigente Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, y presentan la siguiente estructura organizacional:<sup>17</sup>

- Concejo municipal.
- Alcalde.
- Administración.
- Órganos de asesoramiento.

---

<sup>17</sup> Esto se puede colegir de las diferentes ordenanzas municipales expedidas por la Municipalidad Provincial de Trujillo, que se han podido revisar de los centros poblados que se han citado en el presente trabajo.

- Órganos de línea.
- Órganos de apoyo.

Esta es la estructura uniforme que presentan los principales centros poblados de la provincia de Trujillo, no obstante, no todos los centros poblados tienen esta estructura organizacional, pues no solo adolecen de personal para cada una de sus áreas, sino que muchas veces los empleados de dichas comunas hacen las labores de hasta dos o tres funciones distintas.

## **VII. FUNCIONES DE LAS MUNICIPALIDADES DE LOS CENTROS POBLADOS**

De las ordenanzas de adecuación de la estructura de las municipalidades de los centros poblados a la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, se puede extraer que los centros poblados tienen las siguientes funciones:

- Función política y de administración.
- Función industrial.
- Función comercial.
- Función recreativa y abastecedora.

## **VIII. PROCEDIMIENTO ELECCIONARIO EN LAS MUNICIPALIDADES DE LOS CENTROS POBLADOS**

El artículo 132 de la Ley Orgánica de Municipalidades vigente señala el procedimiento para la elección del alcalde y regidores de centro poblado que a la letra expresa: «El procedimiento para la elección de alcaldes y regidores de municipalidades de centros poblados se regula por la ley de la materia».<sup>18</sup>

La elección del alcalde (1) y de los regidores (5) está sujeta a un procedimiento especial señalado en la Ley 28440, Ley de Elecciones de los Centros Poblados. Las Municipalidades Provinciales suscribirán convenios con la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) para la asistencia técnica en todo el proceso electoral, de conformidad a lo establecido en el artículo 5 de la Ley.

## **IX. RECURSOS DE LAS MUNICIPALIDADES DE CENTROS POBLADOS**

El artículo 133 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece:

Las Municipalidades Provinciales y Distritales están obligadas a entregar a las Municipalidades de Centros Poblados de su jurisdicción, en proporción a su pobla-

---

<sup>18</sup> En efecto se trataría de la Ley 28440, de fecha 29 de diciembre del 2004, la que en sus artículos 2 y 5 de la presente, señalan el mecanismo de convocatoria y procedimiento para la elección electoral. Para mayor abundamiento ver: <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucion%20y%20Leyes1/LEY%20DE%20ELECCIONES%20DE%20AUTORIDADES%20DE%20MUNICIPALIDADES%20DE%20CENTR.pdf>

ción y los servicios públicos delegados, un porcentaje de sus recursos propios y los transferidos por el gobierno nacional, para el cumplimiento de la prestación de los servicios públicos delegados. La entrega o transferencia de recursos se efectuará en forma mensual, bajo responsabilidad del Alcalde y del Gerente Municipal correspondiente. Las Municipalidades Provinciales y Distritales pueden incrementar las transferencias de recursos a las Municipalidades de Centros Poblados, previo acuerdo de sus concejos municipales.

La ordenanza de creación o de adecuación, según sea el caso, podrá contemplar otros ingresos.

La delegación de los servicios públicos locales que asuman las Municipalidades de Centro Poblado puede implicar la facultad de cobrar directamente a la población los recursos que por concepto de arbitrio se encuentren estimados percibir como contraprestación de los respectivos servicios.

La percepción de los recursos que cobren, por delegación expresa, las Municipalidades de Centro Poblado, se entenderán como transferencias efectuadas por parte de la Municipalidad Provincial o distrital pertinente, para cuyo efecto, deben rendir cuenta mensualmente de los importes recaudados por dicho concepto.

Nótese que todo tipo de actuación administrativa y las facultades para su ejecución es siempre vía transferencia de la municipalidad provincial hacia el centro poblado, es decir, que el mecanismo legal (ya sea por ordenanza municipal, que es lo ideal, o, por resolución de alcaldía) por el cual se le transfiere facultades administrativas es vía delegación.

## **X. RESPONSABILIDAD EN EL USO DE LOS RECURSOS DE LOS CENTROS POBLADOS**

El artículo 134 de la Ley Orgánica de Municipalidades señala

La utilización de los recursos transferidos es responsabilidad de los alcaldes y regidores de los Centros Poblados.

Estamos ante una norma prohibitiva que se manifiesta sobre la utilización de los recursos transferidos, asignándoles responsabilidad civil, penal y administrativa por los efectos que se produzcan en desmedro del buen funcionamiento y la marcha institucional de las municipalidades de los centros poblados.

## **XI. LIMITACIONES DE LOS CENTROS POBLADOS**

El artículo 135 de la Ley Orgánica de Municipalidades establece lo siguiente:

No se pueden dictar ordenanzas de creación de municipalidades de centro poblado durante el último año del periodo de gestión municipal.

Es decir, este artículo sanciona a todos aquellos que dicten ordenanzas, resoluciones o decretos de creación de centros poblados a finales del periodo municipal del alcalde provincial. Este artículo señala que la creación de los centros poblados se debe realizar sobre la base de consideraciones reales y técnicas de la administración municipal.

Un quebrantamiento a este artículo podría ser la reciente creación del centro poblado de Valle Sol, perteneciente al distrito de Laredo, mediante Ordenanza Municipal 003-2014, de fecha 14 de febrero de 2014.<sup>19</sup>

## **XII. MUNICIPALIDADES DE LOS CENTROS POBLADOS DE LA PROVINCIA DE TRUJILLO**

Una vez definida la naturaleza jurídica de las municipalidades de los centros poblados, pasaremos a describir las principales municipalidades de los centros poblados en la provincia de Trujillo, cuántos son, en dónde se encuentran ubicados o cómo se distribuyen en la región de La Libertad.

Empezaremos diciendo que la provincia de Trujillo fue creada mediante reglamento provisional del 12 de diciembre del 1821. Está constituido por 11 jurisdicciones político-administrativas (distritos) en una superficie de 1777,32 kilómetros cuadrados y 142 centros poblados al 2007.

La provincia de Trujillo, se encuentra dividida en dos zonas, una *urbana* y otra *rural*.<sup>20</sup>

1. En la zona urbana, tenemos el distrito de Trujillo, El Porvenir, Florencia de Mora, Huanchaco, La Esperanza, Moche, Víctor Larco.

2. En la zona rural, tenemos a Laredo, Poroto y Simbal, que es donde se encuentra la mayor parte de los Centros Poblados en el área rural.

La presente clasificación constituye los centros poblados más representativos:<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Ver link: <http://www.munitrujillo.gob.pe/portal/transparencia/municipal> (Fecha de consulta: 20/02/2014).

<sup>20</sup> Conforme lo ha señalado la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial en el documento de Trabajo Trujillo, p. 17 <http://dntdt.pcm.gob.pe/edz-culminados/20> (Fecha de consulta 16/02/2014).

<sup>21</sup> Ver el siguiente enlace: [http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1108/Libro.pdf](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1108/Libro.pdf), p. 336 del mencionado documento. (Última visita 04/04/2013). No obstante existe un trabajo interesante elaborado por la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros - PCM, que establece que son 142 Centros poblados en la Provincia de Trujillo, por lo que el suscrito solo se remitirá a las capitales de los centros poblados y no a los 142 citados por este Alto Órgano de Gobierno. Ver el presente enlace: <http://dntdt.pcm.gob.pe/edz-culminados/20> (Fecha de consulta: 16/02/2013).



Distrito		Nombre del centro poblado	Tipo de instrumento legal de creación/número	Fecha de publicación
1	Trujillo			
2	Porvenir	Alto Trujillo	Resolución de concejo 150-02	19.09.2002
3	Esperanza	La Esperanza		
4	Huanchaco	El Milagro	Resolución de concejo 2554-81	06.06.1981
		El Trópico	Resolución de concejo 033-90	11.12.1981
		Huanchaquito	Resolución de concejo 3120-81	11.12.1986
		Villa del Mar	Resolución municipal 039-78	27.11.1978
		Víctor Raúl Haya de la Torre (Huanchaco)	Resolución de concejo 095-96	14.05.1996
5	Laredo	Menocucho	Ordenanza municipal 017-94	18.01.1994
		Santo Domingo	Resolución de concejo 169-86	23.04.1989
		Barraza —Las Cocas — El Castillo — Santa Victoria — San Idelfonso — Ciudad de Dios — Galindo — Campiña de la Merced Baja — San Pachusco — Chacarilla Barraza — Santa Rosa Alta — Quirihuac Nuevo — Jesús María — Conache — Nuevo Barraza — Cerro Blanco — Campiña La Merced Alta — San Carlos — Bello Horizonte — Valle Sol — Laredo	Resolución de concejo 30-02	31.07.2002

Distrito		Nombre del centro poblado	Tipo de instrumento legal de creación/número	Fecha de publicación
6	Moche	Curva del Sun	Resolución de concejo 387-89	24.04.1989
		Delicias	Resolución municipal 215-81	27.08.1989
		Alto Moche	Resolución municipal 2155-81	27.08.1981
		Miramar — Choc Choc — Pisun — Sun (Suna) — La General — La cobranza — Chanquin Alto — Las Torres de San Borja — Jushapa	Resolución municipal 2155-81	27.08.1981
7	Poroto	— Shiran — La Tranca — Con Con — Poroto — Platanar — Chushmun	Ordenanza Municipal 058-95	17.03.1995
8	Salaverry	Salaverry		
9	Florencia de Mora	Florencia de Mora		
10	Simbal	La Constancia Collambay Cumbray Cruz Blanca Pedregal Cajamarca Catuay Alto Simbal		
11	Víctor Larco Herrera	Buenos Aires		

Fuente: INEI y Gobierno Regional de La Libertad. Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial. PCM.  
Elaboración: El autor.

Es necesario precisar que un grupo de centros poblados que conforman la provincia de Trujillo están distribuidos.

### **XIII. PRINCIPALES PROBLEMAS DE LAS MUNICIPALIDADES DE LOS CENTROS POBLADOS DE LA PROVINCIA DE TRUJILLO**

#### *— La ausencia de una base económica financiera*

Al depender de la municipalidad provincial y de la distrital para su sostenimiento, tampoco cuentan con funcionarios de carrera, con experiencia profesional que permita hacer una eficiente y eficaz gestión administrativa.

#### *— La debilidad institucional de las municipalidades de los centros poblados*

El cuerpo funcional o de empleados públicos no cuenta con salarios dignos que les permita seguir los lineamientos o directrices de la alta dirección, sino que algunos de ellos son permeables a la corrupción. Tampoco cuentan con una sistematización de sus sistemas informáticos entre la Oficina de Rentas o cobranza coactiva que les permita una buena recaudación.

#### *—Creciente demanda de servicios públicos y falta de infraestructura*

Una de las soluciones por los distintos alcaldes y demás autoridades ha sido crear más centros poblados anexos sin observar la brecha de infraestructura que adolece ni saber a ciencia cierta si podrá satisfacer con servicios públicos de calidad y de manera eficaz y eficiente a estos nuevos demandantes.

#### *—La dispersión geográfica*

El accidentado territorio geográfico de la provincia de Trujillo y la falta de infraestructura terrestre en cuanto a las vías de comunicación interna no permite la comunicación entre los centros poblados y las municipalidades distritales de las cuales dependen.

#### *— Sincerar el proceso de descentralización y fortalecerlo*

No basta con el simple reconocimiento jurídico de la existencia de colectividades con base territorial en sus diversas modalidades políticas-administrativas, sino que debe dotársele de mejores herramientas jurídicas, de gestión y tecnológicas a nivel de política de Estado, para cuando se les transfiera competencias en la toma de decisiones a los concejos municipales provinciales y estos a los distritales no encuentren vacíos o imposibles jurídicos en su actuación administrativa.

#### *—Falta de delimitación o demarcación territorial<sup>22</sup>*

Un importante estudio elaborado por el Gobierno Regional de La Libertad y la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial de la Presidencia del Consejo de Ministros

---

<sup>22</sup> El término de demarcación territorial se encuentra vertido en el artículo 2 de la Ley 27795, Ley de Demarcación Territorial, de fecha 25/07/2002, en su inciso 2.1, lo define como: proceso técnico - geográfico por el cual se organiza el territorio a partir de la delimitación de las circunscripciones político-administrativas a nivel nacional. Es aprobada por el Congreso de la República a propuesta del Poder Ejecutivo.

(PCM) refiere que desde la creación de los once distritos de la provincia de Trujillo, hay imprecisiones en cuanto a su delimitación territorial, así como no cuentan con un castro definido. Solo Salaverry y Laredo tienen límites definidos. De ahí que existan conflictos políticos administrativos legales entre Moche y Trujillo, o Florencia de Mora y Porvenir. Lo mismo sucede con los centros poblados, aún no se puede cartografiar.

Nro.	Distrito	Capital	Situación de límites
1	Trujillo	Trujillo	No cartografiable
2	El Porvenir	El Porvenir	No cartografiable
3	Florencia de Mora	Florencia de Mora	No cartografiable
4	Huanchaco	Huanchaco	No cartografiable
5	La Esperanza	Esperanza	No cartografiable
6	Laredo	Laredo	Parcialmente cartografiable
7	Moche	Moche	No cartografiable
8	Poroto	Poroto	No cartografiable
9	Salaverry	Salaverry	Parcialmente cartografiable
10	Simbal	Simbal	No cartografiable
11	Víctor Larco Herrera	Buenos Aires	No cartografiable

Fuente: Presidencia del Consejo de Ministros y Gobierno Regional de La Libertad.  
Elaborado: Gobierno Regional de La Libertad.

Finalmente, existen centros poblados que se encuentran entre los «límites» de dos o tres municipalidades distritales. Lo cual lleva a las autoridades a superponer límites o colindancias jurídicas de manera histórica-costumbrista, generando así confusión, superposición y conflicto poblacional y muchas veces que dos distritos en conflicto no sepan cómo transferirle recursos a los recién creados centros poblados porque no se consideran competentes para ello.

#### XIV. BIBLIOGRAFÍA

Castro Pozo Díaz, H. (2010). *Ley Orgánica de Municipalidades*. Lima: Edit. Ubilex Asociados S. A. C. 1000 páginas.

Dongo Denegri, L. (2003). *Ley Orgánica de Municipalidades*. Trujillo: Edit. Marsol. 342 páginas.

Hernández-Mendible, V. R. (Coordinador) (2009). *Derecho municipal comparado*. Caracas: Edic. Liber. 906 páginas.

Zavaleta Barreto, M. y Zavaleta Carruitero, W. (2007). *Manual para la actividad municipal*. Lima: Edit. Rodhas. 1026 páginas.

#### *Constituciones Políticas del Perú*

Constitución Política del Perú 1993 (vigente). Versión electrónica oficial. <http://www.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1933.pdf>. Fecha de consulta: 12 de febrero de 2014.

Constitución Política del Perú 1979 (derogada). Versión electrónica oficial. <http://www.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1979.htm>. Fecha de consulta: 12 de febrero de 2014.

Constitución Política del Perú 1933 (derogada). Versión electrónica oficial. <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf>. Fecha de consulta: 12 de febrero de 2014.

#### *Leyes orgánicas*

Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972 (vigente). Versión electrónica oficial: <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-leyorganica-muni.htm&vid=Ciclope:CLPdmo>. Fecha de consulta: 14 de febrero de 2014.

Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 23583 (derogada). Versión electrónica oficial: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1998/descentralizacion/Leyormun.htm>. Fecha de consulta: 14 de febrero de 2014.

#### *Leyes*

Ley de Elecciones de los Centros Poblados (vigente); versión electrónica oficial: [http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucin%20y%20Leyes1/LEY%20DE%20ELECCIONES%20DE%20AUTORIDADES%20DE%20MUNICIPALIDADES%20DE%20CENTR\\_.pdf](http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucin%20y%20Leyes1/LEY%20DE%20ELECCIONES%20DE%20AUTORIDADES%20DE%20MUNICIPALIDADES%20DE%20CENTR_.pdf) (Fecha de consulta: 16/02/2014).

Ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización; versión electrónica oficial: [http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-lig\\_leybases-descentral.htm&vid=Ciclope:CLPdmo\\_lig](http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-lig_leybases-descentral.htm&vid=Ciclope:CLPdmo_lig) (Fecha de consulta: 15/02/2014).

Ley 27795, Ley de Demarcación Territorial, versión electrónica oficial [http://dntdt.pcm.gob.pe/sites/default/files/archivos\\_normas/Ley\\_27795.pdf](http://dntdt.pcm.gob.pe/sites/default/files/archivos_normas/Ley_27795.pdf) (Última visita: 15/02/2014).

Ley 28458, Ley que Establece Plazo para la Adecuación de las Municipalidades de Centros Poblados a la Ley 27972; versión electrónica oficial: <http://portal.jne.gob.pe/informacionlegal/Constitucin%20y%20Leyes1/LEY%20QUE%20ESTABLECE%20PLAZO%20PARA%20LA%20ADECUACION%20DE%20LAS%20MUNICIPALI.pdf> (Fecha de visita: 15/02/2014).

### *Decreto Supremo*

Decreto Supremo 019-2003-PCM, Reglamento de la Ley de Demarcación Territorial, versión electrónica oficial: [http://dntdt.pcm.gob.pe/sites/default/files/archivos\\_normas/019-2003-PCM\\_0.pdf](http://dntdt.pcm.gob.pe/sites/default/files/archivos_normas/019-2003-PCM_0.pdf) (Última visita: 15/02/2014).

### Publicaciones digitales

Página web del Instituto Nacional de Estadística e Información del Perú, ver: [http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1108/Libro.pdf](http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1108/Libro.pdf) (Fecha de consulta: 01/03/2014)

Página web de la Municipalidad Provincial de Trujillo (MPT), repositorio de las Ordenanzas Municipales, <http://www.munitrujillo.gob.pe/portal/transparencia/municipal>.

Página web de la Dirección Nacional Técnica de Demarcación Territorial, <http://dntdt.pcm.gob.pe/edz-culminados/20>.



# EL GOBIERNO MUNICIPAL EN NUEVO LEÓN

Por *LUIS GERARDO RODRÍGUEZ LOZANO* \*

## SUMARIO

I. Aproximación al concepto de gobierno. II. Doctrinas sobre la naturaleza jurídica municipal. III. El marco jurídico-constitucional del municipio. IV. El municipio y la Constitución. V. El gobierno municipal en México: una realidad a medio camino. VI. Autonomía del municipio. VII. La división de poderes en el municipio. VIII. Conclusiones.

## I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE GOBIERNO

Por gobierno se entiende la praxis o acción de la estructura de gobierno para lograr determinados efectos, dicha acción también se puede realizar hacia el interior de la estructura para generar una forma de autogobierno. En un sentido político gobernar equivale a la estructura depositaria de las funciones del poder público en donde la visión funcional encuadra en las funciones del ámbito estatal de gobierno, que se identifica con el poder político, o sus diversas autoridades que se encargan de ir desarrollando el orden jurídico, ya sea de forma creativa o interpretativa, lo importante es un desenvolvimiento del marco jurídico que justifica argumentativamente la labor de gobernar.

Una aproximación detallada a los justos límites conceptuales de la palabra gobierno nos permite comprender que esta es una realidad esencial del Estado, ya que la no consideración del ente de gobierno equivale a la no existencia del Estado, pues sin gobierno no puede haber Estado, el gobierno es vital para la correcta marcha del aparato estatal, pues permite la conformación de la voluntad del poder público que revestida del fundamento jurídico permite una conducción, dirección y un actuar del ente estatal por medio de las funciones públicas, entendidas estas como actividades esenciales del Estado que permiten lograr el fin al que se encuentra dispuesto el Estado. Desde esta perspectiva el jurista Vittorio Emanuele Orlando se encargó de definir el concepto gobierno de la siguiente forma:

El conjunto de los medios por los cuales la soberanía se traduce en acto, vale decir, como el conjunto de los institutos colocados en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la soberanía; él se encuentra en el vértice de todo ordenamiento jurídico como aquello que representa el órgano central que forma, manifiesta y opera la voluntad del Estado y en cuanto es a él que viene a parar toda la vida de la nación recibiendo impulsos y directivas.<sup>1</sup>

---

\* Doctor en Derecho por la UNAM. Maestro en Derecho Administrativo por la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Perfil Promep. Profesor de Cátedra de Derecho Administrativo en la licenciatura y en el posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma



El ideal que promueve la teoría política y el derecho sobre el gobierno implica toda la estructura, lo que necesariamente hace referencia a los órganos en donde se depositan todas las funciones del poder del Estado y el actuar de estos, en tanto que en un sentido acotado la palabra gobierno hace ver la ejecución de lo legislado que se relaciona directamente con la actuación del órgano ejecutivo del aparato de gobierno mejor conocido como poder Ejecutivo.

A este respecto, el teórico del Estado, Reinhold Zippelius hace destacar lo siguiente:

Una colectividad puede funcionar como Estado de Derecho solo si ella existe y se aplica el poder estatal para imponer el derecho. El derecho subsiste como un modelo confiable de orientación, en tanto sea aplicado e impuesto con firmeza. En suma: no hay Estado de derecho sin seguridad jurídica, es decir, sin certeza de orientación; no hay certeza de orientación sin certeza de realización [...] De ahí que, con la necesidad de un poder del Estado eficaz, se asocie la exigencia de que las actividades estatales se desarrollen en un acontecer controlado, que funciona bajo una distribución equilibrada de funciones y conforme a reglas de juego aseguradas.<sup>2</sup>

Así, pues, para reconstruir esa totalidad de forma que implica el término gobierno, para posteriormente aplicarlo a la realidad del municipio, es necesario dejar muy en claro los alcances de dicha palabra, es una realidad que el concepto tiene un contorno muy indeterminado en la trayectoria jurídico-constitucional del municipio, y que de una o de otra forma se viene colmando ese vacío conceptual con el pasar de los años. En palabras de Lucio Levi:

En una primera aproximación, y de acuerdo con uno de los significados que tiene el término en el lenguaje político corriente, se puede definir el gobierno como el conjunto de las personas que ejercen el poder político, o sea que determinan la orientación política de una sociedad. [...] Existe por lo tanto, una segunda acepción del término *gobierno* que se apega más a la realidad del Estado moderno, y que ya no indica solamente al conjunto de las personas que detentan el poder de gobierno sino al conjunto de los órganos a los que institucionalmente les está confiado el ejercicio del poder.<sup>2</sup>

El concepto gobierno en la esfera municipal se encuentra en contradicción con lo señalado por la teoría política que es quien se ha encargado de construir el concepto a través de toda la experiencia que ha desarrollado esta disciplina. Para aclarar lo que

---

de Nuevo León. Profesor de Doctorado del sistema de posgrado de FACDYC UANL. Miembro del Comité Doctoral de FACDYC UANL. Coordinador de la maestría en Derecho constitucional y gobernabilidad de FACDYC UANL.

Tomado de Fernández Ruiz, Jorge, *Poder ejecutivo*, México, Porrúa, 2008, p. 228.

<sup>1</sup> Zippelius, Reinhold, *Teoría del estado*, traductor: Héctor Fix-Fierro, quinta edición, México, Porrúa, 2009, p. 53.

<sup>2</sup> Levi, Lucio, «gobierno», en Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco, *Diccionario de política*, octava edición, traductores Raul Crisafio, Alfonso García, Miguel Martín y Jorge Tula, México, Siglo XXI editores, 1995, pp. 710-711.

implica el término aplicado a la realidad municipal es pertinente, aunque sea mencionándolo brevemente, hacer una referencia al marco jurídico municipal para desentrañar las posibilidades competenciales que le asigna la norma al municipio, máxime si se ve que la autonomía municipal y, por ende, el poder de gobernar de los municipios es una posibilidad que no termina de posicionarse en los textos legales de México, pues el municipio es una temática que no termina de independizarse plenamente de las soberanías de los Estados. Lo señalado anteriormente es pertinente, pues como señala Salvador Valencia Carmona: «La utilidad de dicha indagación es rica en resultados no solamente en el campo municipal si se considera que el ente comunal es un escenario adecuado para la revisión de las propias doctrinas políticas fundamentales y aun de los conceptos capitales de la teoría del Estado».<sup>3</sup>

## II. DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA MUNICIPAL

La problemática del gobierno municipal en México constituye uno de los temas que, desde la perspectiva de la doctrina del derecho municipal y constitucional, aún genera fuerte polémica y dificultades en su correcta comprensión, sobre todo durante el actual proceso jurídico-político por el que atraviesa la realidad mexicana, y que pretende ser de reacomodo en muchos sentidos, el municipal es sin duda uno de ellos, pues posee un valor indiscutible para el derecho como disciplina científica y práctica, razón por la que antes de continuar con el presente trabajo resulta importante adentrarnos en la naturaleza jurídica que guarda el municipio para la teoría jurídica municipal.

### 2.1. Escuela sociológica-naturalista

Esta corriente jurídica de pensamiento municipal considera que el municipio se desarrolla de manera natural y surge por la continua convivencia que tienen los seres humanos lo que les permite adoptar formas de convivencia cada vez más institucionalizadas en un determinado espacio que permita dicha socialización, pues es justo recordar que Aristóteles considera al ser humano un ser por esencia sociable por tanto, en constante convivencia con sus semejantes, todo esto de la mano de intereses y gustos comunes que hacen posible la construcción de estos espacios de convivencia.

En este sentido se dice que el municipio no es creado por el Estado, por ser este anterior a la creación de los Estados, razón que implica el reconocimiento de esta nueva realidad por parte del ente estatal. Esta noción sociológica-natural del municipio se ha desarrollado desde ya tiempo atrás, y es postulada por importantes juristas municipales, como Carmona Romay, por mencionar uno de los doctrinarios, quien sintetiza puntualmente el proceso evolutivo del municipio:

La comunidad local, integración de diversos núcleos sociales (aldeas, lugares, parroquias, etc.), es instintiva, natural y espontánea, en virtud de la fuerza de cohe-

<sup>3</sup> Valencia Carmona, Salvador; «La institución municipal: algunos enfoques teóricos comparativos e históricos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 6, septiembre-diciembre 1969, p. 586.

sión que determina toda agrupación de familias. Cuando esta comunidad local toma razón y conciencia de sus fines forma la sociedad local. Tales fines —que en un todo constituyen el orden público, *lato sensu*— han de ser planificados y vitalizados para satisfacer las necesidades colectivas de la sociedad local. Entonces se impone, le nace, la imprescindible necesidad de una organización político-jurídica y administrativa y es en tal oportunidad cuando, reconocida esa necesidad orgánica por el Estado y no creada por este, se produce el fenómeno socio-político que es el Municipio. Las consecuencias fundamentales que de esa premisa se derivan son: 1) Que el Municipio, en vez de ser una creación imaginaria del Estado, es un organismo natural, una entidad histórica y socialmente viva: 2) Que, consiguientemente, esa sociedad o comunidad local tiene ciertas facultades que le son propias e inherentes, y 3) Que la vida del municipio y en especial sus transformaciones y disoluciones dependen de fenómenos naturales y entre ellos de la voluntad de sus integrantes antes que de la decisión legislativa.<sup>4</sup>

Estos elementos que apunta el distinguido jurista cubano configuran el abordaje de una problemática sobre el origen del municipio que guarda relación con el funcionamiento del municipio hoy en día, y que la escuela sociológico-naturalista pretende saldar apuntando que el municipio cuenta con derechos fundamentales que son anteriores a la realidad estatal, por lo tanto no son ratificados por este, ya sea consecuencia de un ser divino o del devenir mismo del hombre en sociedad que lo llevan a generar de forma natural estos núcleos de convivencia de forma ordenada, es de esta forma que el hombre capta racionalmente la necesidad de adaptación a las nuevas realidades a las cuales debe estar ligado el ser humano.

## 2.2. Postura municipal de derecho positivo

Esta corriente jurídica de pensamiento liga la suerte del municipio al texto escrito de la ley, y por tanto ahí ya se está reconociendo que el Estado es quien crea al municipio, pero también le permite asegurar un carácter posterior al Estado, el municipio en esta forma de pensar jurídica goza de personalidad jurídica propia, patrimonio y competencia. Por esta razón se vuelve necesario remarcar que el municipio es una creación del Estado, conformada en los justos límites y parámetros que le concede la legislación, caso contrario sería estar limitando el municipio a un simple conglomerado de personas asentadas en un espacio territorial.

## 2.3. Escuela de derecho municipal administrativo

En el ordenamiento jurídico de derecho administrativo, el municipio suele ser considerado como un agregado de la comunidad estatal, o sea, está sujeto a la descentralización administrativa que establece el propio Estado. Esta forma de organización administrativa aplicada al municipio permite pensar que los alcances del municipio bajo esta forma de organización se encuentran limitados a la prestación de los servicios públicos municipales que establece la Constitución mexicana en su artículo 115. En el México contemporáneo

<sup>4</sup> Tomado de Quintana Roldán, Carlos, *Derecho municipal*, décima edición, México, Porrúa, 2011, p. 7.

aparece un corriente doctrinal de pensamiento jurídico que sostiene dichas ideas, como reflejan las posiciones jurídicas del maestro Gabino Fraga que señalamos a continuación:

El municipio no constituye una unidad soberana dentro del Estado, ni un poder que se encuentre al lado de los poderes expresamente establecidos por la Constitución; el municipio es una forma en que el Estado descentraliza los servicios públicos correspondientes a una circunscripción territorial determinada.<sup>5</sup>

Con respeto al distinguido jurista Gabino Fraga consideramos que el municipio no puede ser considerado de ninguna manera un organismo descentralizado entre otras razones porque este tipo de estructuras requieren para ser creadas de un decreto, mientras que el municipio surge de manera natural y requiere para su edificación definitiva de un acto jurídico del poder legislativo una vez que se reúnen los requisitos de creación que requieren los municipios. Al respecto señalan Jorge Fernández Ruiz y Germán Cisneros Farías:

A nuestro juicio, las opiniones de Buttenbach, Díez y Fraga, a que nos acabamos de referir son válidas en el contexto de un Estado centralista, más no en el de un Estado federal, toda vez que en el Estado central o unitario, el municipio podrá ser producto de la descentralización administrativa territorial o por región, como ocurre en Francia; empero en el esquema federal de México es inadmisibles considerar al municipio como resultado de una acción de descentralización administrativa, puesto que es obra de la descentralización política; por ello, coincidimos con el profesor Miguel Acosta Romero en considerar al municipio como una estructura político-administrativa, jerárquicamente desvinculada, desde el punto de vista técnico de la administración centralizada federal o estatal, lo cual se corrobora por el hecho de que el municipio emplea, en su organización administrativa, las formas de la centralización, descentralización y desconcentración administrativas, de donde negamos —dice Acosta Romero— que (el municipio) tenga el carácter de organismo descentralizado por región.<sup>6</sup>

Para concluir el presente apartado, podemos ubicar otra variante respecto a la naturaleza jurídica del municipio que es explicada por Salvador Valencia Carmona, y consiste en lo siguiente:

Pero si no hay duda que el Estado antecede al municipio ni tampoco que se encarga de crearlo, también es cierto que no puede instituirlo donde mejor le parezca, sino tiene que tomar en cuenta forzosamente esos «factores naturales» que el propio expositor de la teoría pura reconoce. El Estado, al crear por medio de una ley los entes comunales, no debe actuar a su arbitrio, sino guiándose por una serie de factores naturales, como serían, entre otros, el espacio adecuado, una población suficiente, los recursos económicos y políticos indispensables. En otras palabras, no puede ignorarse que el municipio requiere en su base un determinado conjunto de notas que aporte la realidad, pero que tales notas no

<sup>5</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, duodécima edición, México, Porrúa, 1968, p. 210.

<sup>6</sup> Fernández Ruiz, Jorge y Cisneros Farías, Germán, *Derecho administrativo del Estado de Nuevo León*, México, Porrúa, 2009, p. 87.

pueden formar separadamente un ente comunal, sino que es menester que por medio de una ley se le otorgue tal carácter por el Estado.<sup>7</sup>

### III. EL MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL MUNICIPIO

El modelo de gobierno municipal es un aspecto fundamental si lo que buscamos son municipios fuertes que tengan una cercanía con la sociedad y capacidad de respuesta a una realidad que resulta ser cada día más compleja en un mundo cada día más interconectado globalmente, pero tristemente en el caso del municipio no resulta ser esta la verdad. Cabe señalar que para Blanca Acedo Angulo:

Desde la fundación del régimen federal mexicano ha sido muy polémico el concepto de soberanía estatal. Hasta la fecha se discute si los Estados son soberanos o únicamente autónomos, es decir libres e independientes de acuerdo con los términos inscritos en la Constitución. Más allá de este tema no resuelto entre los constitucionalistas, en los orígenes del federalismo mexicano los municipios se ubicaban dentro del régimen interior de los Estados, y esto no se puso en duda durante la primera mitad del siglo XIX. Los ayuntamientos eran entidades subordinadas y enmarcadas dentro del poder ejecutivo local.<sup>8</sup>

El surgimiento del municipio es interesante, no debemos olvidar que la democracia como idea de vida para la sociedad ha resultado ser una conquista muy compleja desde los tiempos en que México cobra su independencia como nación, tan solo basta observar que bajo el gobierno del general Porfirio Díaz se creó la figura del jefe político los cuales tenían una injerencia directa de carácter muy autoritario en la vida de los municipios, negando completamente cualquier posibilidad de una plena libertad municipal. Respecto a dicha problemática, la tratadista de derecho municipal, Teresita Rendón Huerta Barrera, señala:

El odio que despertaron tales funcionarios fue uno de los motivos inmediatos de la revolución, la cual consagró entre sus principales postulados la implantación del municipio libre. Los mismos partidarios del antiguo régimen convinieron al cabo en que la supresión de las jefaturas políticas en la República es uno de los progresos que, en justicia, debemos acreditar a la revolución; sin discutir la utilidad administrativa de esas magistraturas, tenemos que convenir en que ellas fueron el más eficaz instrumento de despotismo gubernamental, por lo que llegaron a hacerse no solo impopulares, sino odiosas.<sup>9</sup>

Independientemente de toda esta problemática se destaca la aparición del municipio en la Constitución de 1857, quedando completamente asentado en el destacado libro de Teresita Rendón Huerta Barrera, donde la referida jurista escribe: «Por primera vez se en-

<sup>7</sup> Valencia Carmona, Salvador, *Derecho municipal*, tercera edición, México, Porrúa, 2013, p. 23.

<sup>8</sup> Acedo Angulo, Blanca, *La libertad municipal en México (1824-1928)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, pp. 26 - 27.

<sup>9</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, *Derecho municipal*, cuarta edición, México, Porrúa, 2007, pp. 116-117.

contrará la expresión municipio libre en el decreto que reformó la Constitución de 1857, en su artículo 109 que fue acogida como uno de los postulados fundamentales de la revolución de 1910, al lado del principio de no reelección, y de los anhelos de tierra y trabajo».<sup>10</sup>

Para Blanca Acedo Angulo, resulta muy conveniente que se tengan muy presentes las ideas que señalo a continuación:

[...] conviene resaltar la importancia de que en el Congreso constituyente de 1856-1857 se reivindicara que la nueva constitución reconociera la libertad y el poder municipal con base en el principio de la soberanía popular, elementos aportados por estos legisladores (Del Castillo Velasco y Espiridión Moreno) para el diseño del régimen federal mexicano en la perspectiva de la construcción de un Estado moderno y democrático.<sup>11</sup>

Por lo que hace al catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México, Carlos Quintana Roldán, la Constitución de 1857 en materia municipal implica lo siguiente:

Como puede apreciarse, la Constitución de 1857, tan notable en múltiples materias, en la cuestión municipal no estipuló aspectos relativos a la autonomía municipal, si bien en las discusiones del Congreso Constituyente se escucharon voces de insignes defensores de la libertad municipal. Ejemplo de ello lo tenemos en las propuestas que hiciera el insigne abogado y político oaxaqueño José María Castillo Velasco,<sup>12</sup> quien fuera también Rector de la Escuela Nacional de Jurisprudencia y diputado Constituyente, al presentar un proyecto que tendía al fortalecimiento de la administración municipal y delineaba una política de cambio agrario. [...] También el artículo 109 de esa Constitución resulta antecedente del actual 115 en materia municipal, mediante las reformas que al texto de 1857 hiciera don Venustiano Carranza en Veracruz el 25 de diciembre de 1914.<sup>13</sup>

#### IV. EL MUNICIPIO Y LA CONSTITUCIÓN

Desde los orígenes de la Constitución de 1917, el legislador reconoció la presencia del municipio en diversos preceptos constitucionales, dicho reconocimiento se ha ampliado con el paso del tiempo en el orden constitucional. De manera ejemplar ha sido el artículo 115 que se ha encargado de regular todos los aspectos centrales del municipio el cual

<sup>10</sup> *Idem.*

<sup>11</sup> Acedo Angulo, Blanca, *op. cit.*, p. 37.

<sup>12</sup> Quien no les concede mucho crédito a las propuestas de Castillo Velasco en materia de libertad municipal, es el jurista historiador de las ideas políticas Jesús Reyes Heróles, en su ya célebre y recordada obra *El liberalismo mexicano*, al ser aquí que deja muy en claro la postura de Castillo Velasco que se caracteriza por su vinculación a lo social del liberalismo de esos días; en efecto: «Castillo Velasco presentó como voto particular adiciones que abordando el problema de los municipios, en realidad contenían una fórmula para enfrentarse a la cuestión social». Reyes Heróles, Jesús, *El liberalismo mexicano. La integración de las ideas*, Tomo III, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 590.

<sup>13</sup> Quintana Roldán, Carlos F., *Derecho municipal*, 9ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 68.

también ha experimentado importantes cambios para bien de la institución municipal; sin que, hasta la fecha, desafortunadamente se pueda constatar un gobierno municipal verdaderamente actuante.

Cierto que para los efectos que persigue la presente investigación es con la reforma de 1999 que se configura al municipio como una esfera de gobierno, así como lo referente a la autonomía del municipio, sin olvidar lo referente a la justicia administrativa municipal, aunque esto último ha tenido poca suerte en la realidad municipal. Además el artículo 115 de la Constitución señala que «la competencia que esta Constitución otorga al gobierno municipal se ejercerá por el Ayuntamiento de forma exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre este y el gobierno del Estado». Sin olvidar que es en esta reforma donde se dota también a las legislaturas estatales de ciertas competencias sobre asuntos referentes a la vida del municipio. De forma por demás clara Teresita Rendón Huerta Barrera alude al punto central del gobierno municipal, pues se considera que el paso de tener municipios administradores a estar investidos ahora como gobiernos municipales, no resulta suficiente:

Pese al avance, no basta la mera declaración formal de que es un orden de gobierno, pues en si misma encierra escasa sustancia, se debían haber configurado con claridad los elementos, órganos, competencia y vínculos, responsabilidades y controles que forman un sistema de gobierno, claro está, en forma esencial, para no incorporar en la Constitución, lo que debe ser parte de otros ordenamientos.<sup>14</sup>

## V. EL GOBIERNO MUNICIPAL EN MÉXICO: UNA REALIDAD A MEDIO CAMINO

La realidad jurídico-política municipal empieza a plantearse ya de tiempo atrás, como bien lo establece Blanca Acedo Angulo, en su espléndido trabajo *La libertad municipal (1824 -1928)*, pero es hasta 1994 que el artículo 105 de la Constitución lo equipara a un poder político, como consecuencia de una decisión que consideramos tiene carácter histórico que emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación en respuesta a un amparo que fue presentado por el ayuntamiento de Mexicali, que fue resuelto en el año de 1992.

Llama poderosamente la atención la lentitud como la cual se ha dado la evolución del municipio en México en los textos jurídico-constitucionales, es verdad que no se debe minusvalorar el avance que se ha dado en el reconocimiento que se le otorga al municipio como esfera de gobierno en el Estado federal mexicano, desafortunadamente vemos que el federalismo es planteado en México en términos de la federación y los Estados, reduciendo a un segundo término el municipio. En relación con la presente problemática es muy pertinente la cita de Arnaldo Córdoba quien alude a los orígenes fundacionales del municipio lo que permite comprender la real importancia de contar con municipios fuertes y vigorosos que den certidumbre de una buena gobernabilidad democrática:

<sup>14</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, p. 243.

El origen natural de la soberanía popular está en las comunidades de los ciudadanos que, a pesar de las peculiaridades de los regímenes que los gobernaban, supieron vivir su elemental vida política, en medio de esos problemas cotidianos, y preguntándose todo el tiempo cómo podían resolver sus problemas, vale decir como autogobernarse como dueños de sus vidas que eran.<sup>15</sup>

El mismo autor más adelante con el amplio manejo de la teoría política que lo caracteriza, afirma lo siguiente:

La vida en común observaba Tocqueville en su memorable viaje a los Estados Unidos, se vuelve por fuerza vida política cuando se trata de hombres libres. Tal vez no podría decirse que los nuestros en aquellas épocas fueran libres, pero el hecho es que vivían en común y su vida entre todos, por fuerza, se volvía política. Nuestros teóricos municipalistas que se atrevieron a ligar libertad municipal y soberanía popular, sabían eso. Casi todos nuestros pueblos, por no decir todos, eran víctimas de cacicazgos y dominaciones de todo tipo (incluida la de los clérigos), pero el principio era claro: si queremos hablar del tema de dónde nace la soberanía, hay que pensar en nuestros pueblos, en esas comunidades, donde los individuos se ven obligados a actuar, ponerse de acuerdo o manifestarse en desacuerdo para regular y normar su vida comunal, o bien, luchar entre sí hasta exterminarse y desaparecer. La convivencia en comunidad es difícil. Eso es preferible al exterminio mutuo.<sup>16</sup>

Estos personajes de los que nos habla Arnaldo Córdoba son pensadores clásicos de la teoría política que se dedicaron a reflexionar seriamente sobre todas estas situaciones referentes a la comunidad que representaban serios problemas de organización en sus sociedades, y con base en este tipo de deliberaciones sobre problemas reales del momento que les tocó vivir, trataron de dar soluciones viables a esa interrogante y darle sentido a la construcción de una verdadera democracia que tuviese su fundamento en la voluntad popular del pueblo.

Si parte de la fundamentación del gobierno municipal lo buscamos en la autonomía soberana de los municipios, Manuel González Oropeza elabora el siguiente análisis con una perspectiva histórico-jurídica en el que cuestiona con sólidos fundamentos la autonomía de gobierno del municipio, por lo que sostiene:

Si la soberanía se definiera de acuerdo a la expresión de José María Morelos en sus *Sentimientos de la Nación*, como la facultad de dictar leyes propias, sin sometimiento a otro nivel de gobierno, el municipio todavía no es soberano, por lo que tampoco forma parte de la asociación de cosoberanía que caracteriza a los sistemas federales.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Córdoba, Arnaldo, Prólogo, en Acedo Angulo, Blanca, *La libertad municipal en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, p. 12.

<sup>16</sup> *Idem*.

<sup>17</sup> Oropeza González, Manuel, *La dimensión constitucional del gobierno municipal*, México, Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri-Editorial Laguna, 2010, p. 21.



No se puede soslayar que la falta de autonomía del municipio complica seriamente la labor de gobierno que le otorga la Constitución en su artículo 115 al municipio, como lo infiere Manuel González Oropeza:

Si el actor fundamental de los Estados Unidos Mexicanos como nación, son precisamente los Estados, las partes sustanciales de estos, debieran ser igualmente los Ayuntamientos Unidos de cada entidad federativa, no considerados como una mera división territorial, como se acotaba antes de la reforma constitucional de 1996 al artículo 115 constitucional, sino como la base de gobierno de las mismas entidades federativas; sin embargo, no ha habido nunca esta manifestación en su estructura, y es el pueblo el componente único de los Estados.<sup>18</sup>

Lamentablemente a la fecha se tiene como asignatura pendiente superar esa consideración que se tiene del municipio como orden de la división territorial del poder público en el Estado Federal. Veamos el siguiente panorama que sobre el particular destaca brillantemente Manuel González Oropeza, con una visión muy aguda de la historia y el derecho:

Pero es verdad que hasta la fecha, el municipio sigue siendo considerado como una mera división geográfica del Estado federado; como si este a su vez, fuera una mera distribución geográfica de la Unión federal. Esta concepción que se desprende del Derecho Romano es no solo anticuada sino incompatible con el federalismo. Los municipios se han caracterizado de acuerdo con dos principios: el romano y el germánico; siendo el primero el que se consagra en el primer párrafo del artículo 115 constitucional, cuando se refiere a los municipios libres como la base de la división territorial de los estados. Mientras que el principio germánico le otorga capacidad jurídica para actuar como persona colectiva, tal como lo estableció el artículo 23 del Código Civil federal desde 1928.<sup>19</sup>

La Constitución de municipios libres y autónomos es un paso fundamental para la edificación de una verdadera vida democrática dentro de las sociedades y de los gobiernos. Desde esta perspectiva, se tiene que trabajar mucho desde todas las trincheras, en la construcción de una democracia, que parta de abajo hacia arriba, solo así podremos aspirar a una verdadera democracia que dignifique plenamente al hombre sobre cualquier otra realidad; es por eso que se requiere urgentemente separar al municipio del principio de orden que guarda respecto de los Estados, en el cual se ve absorbido fuertemente por la autoridad del Estado. En la medida en que seamos capaces de construir municipios libres tendremos poblaciones conformadas por ciudadanos libres.

En este orden ideas, llama fuertemente la atención la indefensión en que se encontraban los municipios previo a la reforma constitucional de 1994 al artículo 105, fracción I de la Constitución, donde se le permite al municipio interponer controversias constitucionales en diversas situaciones que le permite la misma constitución, es por eso que este medio

---

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 22.

de defensa es un importante mecanismo de defensa y control de la constitucionalidad, que tiene por finalidad principal salvaguardar la supremacía constitucional, sancionando los actos contrarios a esta.

Pero la mera entrada en vigor de este tipo de mecanismo de defensa de la Constitución no debe implicar desconocer ciertos esfuerzos importantes que se hicieron previamente a la entrada en vigor de la reforma al artículo 105 constitucional; según este dato para Elisur Arteaga Nava es preciso poner atención en el siguiente aspecto:

Durante los debates del constituyente de 1917 se contempló la idea de que los municipios, cuando trataran de materias hacendarias, pudieran demandar a los poderes locales ante la suprema corte; pero fue descartada, pues se consideró que esa intervención atentaba contra la soberanía de las entidades. No obstante la redacción del artículo 105 original y del criterio expresado por el constituyente, los municipios recurrieron a la controversia constitucional; la corte cuando menos en dos casos, se negó a dar curso a la demanda.<sup>20</sup>

No se debe pasar por alto de manera alguna que este camino en busca del reconocimiento del municipio como un poder, el cual ha resultado ser largo y sinuoso, inicia con la interposición del amparo número 4521/90 interpuesto por el ayuntamiento de Mexicali, siendo presidente municipal en ese momento Milton Castellanos Jr., donde una vez resuelto en 1992 el municipio es considerado equivalente a los poderes de un Estado.

Con este mecanismo de defensa en poder de los municipios se ha acelerado la construcción de una verdadera democracia constitucional que fomente el involucramiento de la ciudadanía en los problemas locales del municipio, facilitando con esto un verdadero diálogo entre autoridades municipales, ciudadano, gobierno local y federal; todo esto ha sido tan importante para el reconocimiento del municipio como un ente equivalente a los poderes del Estado, que Salvador Valencia Carmona no duda en hacer la siguiente afirmación:

Al cobijo de la nueva regulación constitucional ha venido ocurriendo una verdadera eclosión de las controversias municipales en materia municipal, fenómeno inusitado en nuestro derecho público tanto por el número de conflictos que han llegado a conocimiento de la Corte como por el contenido y precedentes que se han fijado en las resoluciones. Entre 1993-2000 se han resuelto 126 controversias, las cuales en su mayoría han sido planteadas por los municipios y han sentado puntos relevantes para sus relaciones con gobiernos estatales y aún con el Federal.<sup>21</sup>

Es importante que tengamos presente que la controversia constitucional como medio de defensa del municipio resultó muy importante en su momento por la consideración del municipio como un poder, y se ha convertido en un mecanismo muy eficiente de protección de la Constitución del poder del municipio, tan es así que como señala Salvador

<sup>20</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional*, 4ª ed., México, Oxford, 2013, p. 1060.

<sup>21</sup> Carmona Valencia, Salvador, *Derecho municipal*, 3ª ed., México, Porrúa, 2013, p. 182.

Valencia Carmona ha proliferado la interposición de estas ante la autoridad que resulta competente de su conocimiento, pero esto entraña también un fuerte motivo de preocupación para los estudiosos del municipio, pues nos revela también que los mecanismos de resolución de conflictos de los Estados resultan ser ineficientes y carentes de credibilidad, lo que ha motivado la interposición de controversias por el municipio, donde un dato relevante es que muchas de estas no llegan a la instancia final de la Corte por una deficiente técnica jurídica, es por eso que resulta fundamental fortalecer los mecanismos de defensa locales con la finalidad de preservar un sano federalismo municipal.

Sin embargo, pese a la consideración que le otorga la Constitución al municipio como un poder del Estado, un sector de la doctrina no se encuentra aún satisfecho plenamente pues consideran que el camino hacia un verdadero gobierno municipal aún se encuentra inacabado. De esta forma, Manuel González Oropeza arriba a la siguiente conclusión, la cual pasamos a transcribir a continuación:

No puede ser el municipio un poder del Estado, porque el gobierno de las localidades es y ha sido, histórica y políticamente, distinto al del Estado. No puede serlo, pues las funciones del gobierno municipal no son una delegación de las funciones del Estado, sino un atributo originario y propio de sus órganos de gobierno, establecido en la Constitución. Las autoridades municipales son diferentes en requisitos, en elecciones y en objetivos a las autoridades estatales. La jurisdicción o circunscripción territorial de las autoridades municipales es diferente al de las autoridades estatales.<sup>22</sup>

## VI. AUTONOMÍA DEL MUNICIPIO

Vinculado el gobierno municipal a la autonomía municipal, se puede concluir que el municipio carece de una división de poderes, y es aquí que vale la pena interrogarnos sobre la realidad o irrealidad del poder municipal, pues es evidente que esta carencia no acontece en la esfera de gobierno local y federal que sí cuentan con una verdadera división de poderes. En este sentido autonomía implica etimológicamente la posibilidad de un ente de otorgarse su propia legislación.

Tal concepto de autonomía municipal resulta en verdad peculiar, pues esto se aprecia de diversas formas si se leen con detenimiento nuestras leyes, por lo que considero que lo real es que anterior a la reforma constitucional al 115 constitucional de fecha 1983 los reglamentos municipales gozaban de una autonomía, principalmente el de policía y buen gobierno, esto se daba así porque no ocupaban el reconocimiento de una ley, dicha situación que señalamos no se presenta hoy en día que los reglamentos municipales se deben atener a las bases que señalen las legislaturas estatales. En tal sentido, se puede ver que la autonomía de la que hablábamos anteriormente ya no existe más, ahora lo que tenemos son reglamentos *sui generis*, al encontrarse subordinados a la voluntad del legislador estatal.

<sup>22</sup> González Oropeza, Manuel, *op. cit.*, p. 28.

Así las cosas, lo que impera es una realidad municipal maniatada y por tanto fuertemente limitada por las legislaturas estatales en diversos ámbitos que son esenciales para un municipio libre: hacienda municipal, organización municipal, su orden territorial, la administración de su hacienda, su facultad reglamentaria, la desaparición, suspensión y revocación, en suma toda la realidad política municipal se encuentra ligada a la suerte de la autoridad local y federal. En razón de todo esto se puede constatar que un gobierno municipal con verdadera libertad se encuentra vacío de contenido, naturalmente sería deseable que en las Constituciones estatales se estableciera un capítulo dedicado exclusivamente a reconocer la competencia del municipio, que entre más libertad le concedan será mejor para la vida municipal, todo estas ideas se complementarían magníficamente con una justicia municipal que se encargue de dirimir los conflictos que se presenten entre la esfera local y la municipal; en efecto, a los ayuntamientos les apremia reactivar el movimiento de la autonomía municipal, ya que actualmente se cuentan con todas las posibilidades jurídicas para propiciarlo por medio de una actualización de los reglamentos y norman que rigen su actuación.

Ciertamente, hoy el municipio es una esfera de gobierno con autonomía para generarse sus propias normas que rigen su actuar lo que acontece en la realidad, al ver que los municipios tienen una determinada esfera de atribuciones que cumplir lo que en buena forma lo puede hacer gracias a los servicios públicos que presta; lo anterior se puede acreditar con las facultades que le permite la Constitución al municipio de otorgarse sus propias normas convenientes a la propia vida del municipio.

Aunque evidentemente en la actualidad del municipio, también se pueden cuestionar muchas cosas sobre la autonomía municipal, que en palabras de Teresita Rendón Huerta Barrera son:

Nada es más discutido en el campo de la ciencia municipal, que la autonomía del municipio. Hasta es algo místico políticamente. Todos los partidos políticos la defienden con entusiasmo; sin embargo, nada más oscilante en la práctica. Nada más divergente en la doctrina que su concepto. Su debate tiene un sabor especial, en el libro, en el parlamento y en la cátedra de los publicistas.<sup>23</sup>

Por su parte, Reynaldo Robles Martínez afirma que la autonomía municipal ha sido un término ampliamente discutido, que como paradigma, aunque ha sido un medio para proteger la libertad municipal, se entendió equivocadamente como un fin, cuando en realidad, la autonomía municipal, tiene como objeto manifestarse como una garantía de las atribuciones municipales:

El término *autonomía* es subjetivo, no ha podido ser concretizado, no ha sido definido aun, el significado y alcance de la autonomía varía según el lugar y la época. La autonomía es el paradigma, que ha servido a los municipios para ostentar, ejercer y defender su libertad. Así entendida la autonomía no es un fin sino un instrumento, un medio, una garantía para defender las atribuciones del municipio.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, pp. 133-134.

<sup>24</sup> Robles Martínez, Reynaldo, *El municipio*, 10ª ed., México, Porrúa, 2013, p. 59.

Lo verdadero es que la autonomía municipal se encuentra sujeta a un problema de competencias, de delimitación de sus alcances, que pasa por el marco jurídico competencial de las diversas esferas de gobierno, como se ve la autonomía municipal siempre gozará de algunas cuestiones indiscutibles, como la potestad para otorgarse su marco normativo; pero subsiste el problema de los límites o concurrencias competenciales que presentan serios problemas de orden legislativo o de interpretación judicial. Lo crucial pasa por la autogestión administrativa de los municipios y a la participación municipal, pero algo muy importante para que un municipio goce de autonomía es lo que se refiere a las competencias municipales; las cuales en la medida en que los municipios sean autónomos podrán contar con el respeto de los legisladores locales.

Según esta concepción, la autonomía municipal implica la independencia del municipio respecto de los poderes locales y federales; lo que tiene fuerte trascendencia en la esfera política del municipio, donde el fundamento principal son elecciones libres para la designación de los miembros del cabildo, lo que se complementa con algunos aspectos financieros. En esencia, para Acosta Romero la autonomía municipal implica:

Sobre el significado de la autonomía municipal, tratadistas de autoridad reconocida han sustentado la tesis de que en un país de régimen federal, como el nuestro, no pueden coexistir dos órganos con autonomía, o sea, las entidades federativas y el municipio, y consideran, en consecuencia, que los municipios son entidades autárquicas territoriales o descentralizadas por región; sin embargo, se considera que nada impide la existencia de dos entidades autónomas previstas dentro de la Constitución en países de sistema federal, pues la autonomía municipal se refiere exclusivamente al territorio del municipio y no será tan amplia como la de las entidades federativas, pero no por ello dejara de ser autonomía.<sup>25</sup>

Acosta Romero define que la autonomía municipal debe tener como alcances únicamente la región ya sea de tipo urbana o territorial que al municipio le corresponda, por lo que jurídicamente circunscribe el límite de la autonomía municipal, además que enfatiza también que para el pleno desarrollo de la autonomía municipal, necesariamente el municipio requiere de hacerse de ingresos, de manera que volvemos a un tema indisoluble del municipio: la hacienda municipal: «La autonomía del municipio se refiere exclusivamente a la región urbana o rural que comprenda su superficie territorial, y debe estar garantizada por ingresos propios, que le permitan cumplir las facultades, atribuciones y cometidos que le otorga la Constitución y las leyes locales».<sup>26</sup>

La autonomía municipal requiere asegurar determinados principios sin los cuales esta se queda a medias o de plano no existe. La autonomía municipal implica una soberanía local consistente en que los pobladores de esa ciudad puedan resolver sus propios problemas de gobierno u organización. El aspecto de la legislatura es muy importante, ya que un involucramiento excesivo de los congresos locales en la organización del gobierno

<sup>25</sup> Tomado de Quintana Roldán, F. Carlos, *op. cit.*, p. 174.

<sup>26</sup> *Idem.*

municipal genera desconfianza para los pobladores de la ciudad, lo que a su vez se traduce en apatía y desinterés del ciudadano por los asuntos de su comunidad; esto genera una manera muy sutil del gobierno local de transferir su soberanía a los gobiernos estatales lentamente, lo que redundará en la pérdida gradual de la autonomía municipal.

Para Alcides Greca la autonomía del municipio tiene que asumir tres compromisos fundamentales, que serían:

La municipalidad tiene el derecho a elegir de entre sus propios ciudadanos a los funcionarios que hayan de aplicar las leyes de la localidad. Segundo: la ciudad goza de facultades para definir su propia forma de organización a los fines del gobierno. Tercero: la localidad tiene facultad para determinar el fin o esfera del gobierno local, lo que supone el derecho de ampliar o restringir los poderes municipales según el criterio político imperante en la localidad. Los habitantes de la ciudad deben elegir, indudablemente, a las personas que constituirán su gobierno local. Nadie más capacitado que estas para conocer y afrontar los problemas que plantea la administración del municipio. El hecho de haber surgido del ambiente de la ciudad crea una especial responsabilidad, aparte de que están vinculadas a sus ciudadanos por comunes intereses e ideales.<sup>27</sup>

Llama la atención la observación que hace Alcides Greca en el sentido de que se debe procurar la colaboración en las funciones del municipio a los ciudadanos que radican en la localidad, ya que tienen la ventaja de conocer los hábitos y costumbres de la ciudad lo cual favorece mucho el buen desempeño y reduce más los problemas. Debemos, sin embargo, plantearnos una excepción en el caso de funciones muy técnicas cosa que en este mundo global cada vez es más frecuente la implementación de tecnología muy positiva para el desarrollo de la ciudad, pero también muy compleja, que requiere de un personal que en ocasiones tiene que buscarse en el extranjero, es por eso que se dice que el Estado cuenta con una potestad de imperio originaria, mientras que el municipio la tiene derivada.

Precisando lo anterior podemos afirmar que la autonomía se puede observar en varios rangos, el político el cual es asegurado por el principio que sostiene que el municipio es una esfera de gobierno, que se renueva por medio del principio representativo; a la luz del enfoque administrativo, la autonomía se puede colmar con la prestación de los servicios públicos, y en el aspecto hacendario podemos concluir que goza de una potestad tributaria restringida, pero cuenta con la posibilidad de cobro y aplicación de su renta en los aspectos más apremiantes que tiene que atender el municipio.

### **6.1. Hacienda municipal**

Conviene formular algunas consideraciones sobre la institución jurídica de la hacienda municipal, pues sin un buen manejo de esta área en función de las posibilidades que le permita al municipio, manejar cierto presupuesto, sería imposible atender las necesidades

<sup>27</sup> Greca, Alcides, *Derecho y ciencia de la administración municipal*, Tomo II, segunda edición, Santa Fe, 1943, pp. 60-61.

de la población, por medio de la prestación de los servicios públicos que le corresponde prestar al municipio; afortunadamente el texto actual del artículo 115 de la Constitución, fracción IV establece que los municipios se pueden administrar libremente.

Inicialmente la redacción del 115 constitucional suscitó fuertes y enconados debates, y fue particularmente el campo de la hacienda municipal el que generó mayores debates y críticas, por no reglamentar de forma debida las contribuciones con las que habría de contar la hacienda municipal, derivando con esta disposición municipios menesterosos e imposibilitados para hacer frente a todas las necesidades de los municipios.

Por eso, y como consecuencia de fuertes críticas de los municipios del país, las cuales tuvieron resonancia en el congreso federal, provocando que se reformara el artículo 115 de la Constitución comprendiendo importantes consideraciones que ya señalamos al principio de este inciso, solo falta señalar que el apartado final de la fracción IV del artículo 115 de la Constitución señala:

Las legislaturas de los Estados aprobarán las leyes de ingresos de los municipios, revisaran y fiscalizaran sus cuentas públicas. Los presupuestos de egresos serán aprobados por los ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles, y deberán incluir en los mismos, los tabuladores desglosados de las remuneraciones que perciban los servidores públicos municipales, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 127 de esta Constitución.

Es, precisamente, la actual redacción del artículo 115 constitucional que establece cuestiones relevantes en materia hacendaria para el municipio, lo que ha permitido que aflore una expresión favorable a los cambios que se han llevado a cabo en este rubro, por ejemplo, Carlos Quintana Roldan señala:

Era práctica común en las entidades federativas que los ayuntamientos municipales debían remitir a las legislaturas estatales el proyecto de presupuesto de egresos para su aprobación; sucediendo frecuentemente que las legislaturas modificaban a su antojo los renglones de esos presupuestos de egresos, condicionando a los municipios a ejecutar las obras y gastos que a su juicio eran prioritarios. La forma que actualmente se establece para la aprobación del presupuesto de egresos, por los propios ayuntamientos, es una garantía más a la autonomía financiera del municipio.<sup>28</sup>

Mientras que Salvador Valencia Carmona plantea, por su parte, la importancia del tema de una reforma definitiva que surja de un verdadero acuerdo democrático nacional, ya que solo así se podrá dar plena certidumbre a los compromisos financieros del municipio:

Estamos de acuerdo en que nos encontramos justo a tiempo para una gran reunión nacional en que se debatan los temas hacendarios de carácter medular, y que como consecuencia de ella se pueda estar en condiciones de realizar un replanteamiento integral y a fondo de nuestro actual sistema hacendario y fiscal. Hay que adelantarse a satisfacer las inquietudes y reclamos que en diversos Estados y ayuntamientos

---

<sup>28</sup> Quintana Roldán, Carlos, *op. cit.*, p. 197.

del país se vienen manifestando y que adquirirán todavía mayor fuerza, para que sea por la vía del derecho y el consenso, no de la presión, como se resuelvan los apremiantes problemas que confrontamos en esta materia.<sup>29</sup>

Es indudable que se requiere revisar todo el tema de la hacienda municipal, y que es imprescindible que dicha temática se incorpore a las legislaturas estatales y al congreso, como una asignatura de primer orden que requiere de la mayor importancia y seriedad por parte de los legisladores y diversos actores políticos, para que de esta forma se logre cristalizar la gran reforma municipal que tiene en gestación ya muchos años, y que goza ya hoy en día de impostergable atención, pues no se debe olvidar que pese a los avances legislativos que ha experimentado el municipio aún se experimentan fuertes rezagos de atención en distintos municipios, particularmente, los más vulnerables, y que son, municipios rurales por ser en ellos donde se aprecian las mayores necesidades sociales entre sus vecinos, y también las mayores carencias materiales. Al respecto, Teresita Rendón Huerta Barrera sugiere que no olvidemos:

El desequilibrio regional, el aparente combate a la pobreza extrema, la falta de reconocimiento a la presencia de millones de indígenas, la incipiente democracia, la limitada oferta de servicios públicos una participación social que a menudo se queda a nivel de urnas, sistemas normativos obsoletos, servidores públicos con escasa visión y preparación para la tarea pública, multiplicidad de trámites innecesarios, un panorama alentador que no va a cambiar súbitamente, con mayores recursos a los municipios. La solución no debe vislumbrarse solo en el rubro de las finanzas, el asunto es mucho más complejo. Otro punto hasta ahora poco debatido, pero de suma importancia, es el que atañe al destino de los ingresos que se generan en el ámbito territorial de los municipios, por concepto de la explotación de sus recursos naturales, como por ejemplo el caso de los bosques, el petróleo, la minería, entre otros.<sup>30</sup>

En síntesis podemos agregar que un buen manejo de la hacienda municipal que cuente con los recursos suficientes para atender los problemas de la comunidad municipal es indispensable para lograr una buena autonomía que contribuya a un óptimo gobierno municipal. Los recursos financieros son parte total de la autonomía y necesarios para gobernar adecuadamente, a falta de estos el municipio carecerá de autonomía interna, y se encontrará sujeto a condicionamientos externos; sin autonomía hacendaria no es posible gobernar adecuadamente y dar satisfacción a los problemas que plantea una realidad mundial cada día más cambiante.

El nuevo municipio debe ser plenamente capaz de responder a las nuevas realidades: internas y externas, lo más lamentable sería que desde la óptica municipal se buscara soslayar estos cambios, en tal caso el municipio entraría en una fase de aislamiento e inco-municación ante las nuevas realidades mundiales, por lo que se dificultaría el aprovechamiento de estos nuevos desarrollos, por eso sería deseable que en un futuro el 115 constitucional contemplara estos nuevos avatares mundiales. El municipio no puede, ni debe

<sup>29</sup> Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p. 234.

<sup>30</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, p. 300.



apartarse de estas realidades antes bien, está obligado a buscar el beneficio que le puedan otorgar estas sucesivas reformas en beneficio de la población del municipio.

## 6.2. La justicia administrativa municipal: una realidad en gestación

La justicia administrativa municipal se encuentra consagrada en el artículo 115, fracción II, inciso *a* de la Constitución, desafortunadamente la incorporación al texto constitucional de esta figura se llevó a cabo de una forma muy pobre, toda vez, que el Constituyente optó por pasarle a las legislaturas estatales la responsabilidad de implementar el procedimiento administrativo en toda su formalidad.

La justicia administrativa municipal es sumamente importante para el administrado, si consideramos que el municipio tiene una competencia bastante vigorosa que establece el 115, fracción III de la Constitución, que es donde se consagra una serie de competencias de carácter administrativo con todo el elenco de servicios públicos que le toca atender al municipio, lo que significa justamente, la necesidad de establecer instrumentos jurídicos idóneos para tutelar los intereses legítimos de los administrados frente a una Administración Pública municipal que se hace cada día más poderosa, y lo que pretende la justicia administrativa municipal es buscar un equilibrio entre el interés individual del administrado y los fines sociales que tiene encomendados el municipio por medio de los servicios públicos.

Hoy día es fecha que no se logra introducir correctamente la justicia administrativa municipal de forma real, pues al menos por lo que hace a los municipios del estado de Nuevo León no se cuenta con este tipo de mecanismos garantes de los derechos del administrado. Ante dicha situación, Teresita Rendón Huerta Barrera comenta lo siguiente:

[...] a nuestro pueblo le falta pasar de la actitud de sometimiento del siervo, a tener la dignidad del ciudadano. De otro modo, esas instituciones están condenadas al fracaso, aunque son el medio más eficaz para fomentar la cultura de la legalidad y para fortalecer el Estado de Derecho. En ese sentido habrá que realizar un trabajo vigoroso para impulsar la madurez cívica y la creación así como el arraigo y la creación de mecanismos institucionales de amplia educación y tutela del ciudadano.<sup>31</sup>

Como se ve, la justificación que encuentra la justicia municipal actualmente en los textos se da de forma tal que deja en manos de los legisladores estatales la edificación de dichos instrumentos de defensa a favor de los administrados, razón por la que consideramos que hay mucho por hacer en esta temática, y forma parte sin duda de la agenda de un gobierno municipal autónomo, y en este sentido es claro que no se cumplen con las especificaciones para responder a este reto. Los actos ilegales que cometen día con día las autoridades municipales son muchos y mínimas son las posibilidades de defensa del administrador municipal, por lo que se requiere de manera urgente reorientar la relación administración-administrado, bajo nuevos márgenes de legalidad que permitan un equilibrio más justo en el trato de la autoridad hacia el administrado, y no se limite a la tibia redacción del artículo 63, fracción XLV de la Constitución del estado de Nuevo León que dice lo siguiente:

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 243 - 244.

Los municipios podrán contar con Órganos de lo Contencioso Administrativo, autónomos sin subordinación jerárquica a la autoridad municipal, con facultades plenas para el pronunciamiento de sus fallos y para resolver las controversias que se susciten entre la administración pública municipal, central o paramunicipal, y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad; los que se regirán por los ordenamientos legales que al efecto se emitan.

Esto es muy grave al resultar una completa simulación en perjuicio del administrado y del gobierno municipal al contravenir el principio de que debe contar las tres funciones básicas que se requieren, ya que se establece como algo opcional, y más grave aún es el hecho de que un órgano estatal actúe en el caso de la inexistencia de un tribunal municipal; por último, se omite señalar qué normas deberán aplicarse para el caso de que no se cuenten con normas municipales que fijen una determinada competencia en esta materia.

## VII. LA DIVISIÓN DE PODERES EN EL MUNICIPIO

Vale la pena señalar, antes que cualquier otra cosa, que el ayuntamiento, como un ente de gobierno actualmente muestra serias deficiencias para su ejercicio, ya que no se observa claramente dentro de la legislación una consideración en ese sentido, mucho menos una conformación de los órganos municipales, sin omitir las serias deficiencias en capacitación de los servidores públicos municipales, lo que les impide realizar su labor con toda cabalidad y el profesionalismo que se requiere.

Por lo que respecta al estado de Nuevo León lo que se observa en esta materia es una fuerte resistencia a llevar a cabo modificaciones legislativas que pongan al día la importancia del derecho municipal, desafortunadamente la cultura presidencial tan arraigada en el estado ha impedido la construcción de este nuevo paradigma municipal. Ante tan lamentable circunstancia es importante tomar conciencia del acontecer que se nos presenta, para a partir de ahí empezar a trabajar en la construcción de tan importantes tres funciones públicas, máxime si creemos que es importante contar con un buen gobierno municipal que tenga capacidad de respuesta ante la ciudadanía.

Como ya se tuvo ocasión de señalar aquí mismo, las tres funciones mínimas e indispensables para todo gobierno no se encuentran establecidas en las leyes del Estado de Nuevo León para el caso de los municipios, siendo idóneo que estas funciones se encontraran plenamente reconocidas y desarrolladas en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León.

Por principio de cuentas Carlos Quintana Roldan hace ver que en la actualidad no es posible hablar siquiera de un poder ejecutivo municipal, por las siguientes razones que pasamos a señalar a continuación:

Cabe aquí una precisión pues frecuentemente se confunde la figura del presidente municipal con la de un «titular del ejecutivo» de la localidad. Esto es impreciso pues, como

expusimos en otro apartado de esta obra, nuestro Municipio no obedece en su concepción de gobierno a la idea clásica de división de poderes, en: legislativo, ejecutivo y judicial. Además que dicha apreciación es innecesaria para el gobierno municipal.<sup>32</sup>

Desde el plano de la teoría de la división de poderes, Carlos Quintana Roldán considera que si bien es cierto que actualmente se presenta una división de poderes desde una perspectiva práctica y operativa, esta no termina por llevarse a cabo de manera plena, ya que el gobierno que se ejerce a través del ayuntamiento tiene una realización de forma colegiada.

Sin embargo, el catedrático Quintana Roldán enfatiza en que no se puede desconocer que el presidente municipal es el funcionario más importante dentro del gobierno municipal, pues tiene a su cargo una serie de responsabilidades que resultan de enorme trascendencia para el correcto funcionamiento del municipio. Sobre la misma temática, la catedrática de derecho municipal Teresita Rendón Huerta Barrera considera sobre la división de poderes en la esfera municipal unas ideas interesantes:

Frente a quienes califican de exagerada y aberrante la aplicación del esquema derivado de los postulados de Montesquieu al gobierno municipal, están una serie de razones y fundamentos que evidencian la necesidad del reconocimiento de las funciones legislativa, ejecutiva y jurisdiccional; propuesta que desde la primera edición de esta obra, produjo polémicas y que al paso del tiempo han ido difundiéndose y en algunos casos aceptándose.<sup>33</sup>

Para el argentino Néstor Osvaldo Losa, una característica del gobierno es el poder, el cual como ya lo mencionamos se integra por las tres funciones básicas esenciales que corresponden a todo Estado de Derecho, con la salvedad que de las tres funciones una es la que guarda mayor preponderancia que las otras dos, y es quizá esta característica lo que ha impedido la consagración de una verdadera división de poderes en América Latina, lo mismo acontece en la esfera federal, local y con mucha más razón en el ámbito municipal se ha complicado fuertemente una división de poderes, no obstante es muy positivo que este tipo de temas cada día se debatan más en los foros universitarios. Lo que sí debe ser una realidad es la coordinación entre cada uno de los poderes. Como dice Néstor Osvaldo Losa:

Por otra parte, siempre se ha entendido que lo que caracteriza al gobierno político es el poder y este está representado por la integración de las tres clásicas funciones del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial, aun cuando prepondere uno de ellos, por tratarse de un sistema presidencialista, o de otro que sea parlamentarista. Es también cuestionado que exista un gobierno de los jueces, más nadie puede admitir que los dos sistemas anteriores no posean judicatura. Los controles recíprocos entre poderes se manifiestan cuando los tres y no dos, se coordinan pero también se limitan, y es entonces cuando aparece la importancia de la coexistencia de todos.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Quintana Roldán, Carlos, *op. cit.*, p. 208.

<sup>33</sup> Rendón Huerta Barrera, Teresita, *op. cit.*, p. 303.

<sup>34</sup> Losa, Néstor Osvaldo, *El derecho municipal en la Constitución vigente*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, pp. 73-74.

El mismo autor precisa dentro de la misma obra que una función elemental de todo Estado es el ejercicio del poder de policía, pero para estar en posibilidad de ejercerlo se ocupa contar con el apoyo de los tres poderes. Así, Losa expresa «como gobierno entonces, como organismo público necesario, debe constituirse con tres poderes; caso contrario no existe autonomía y tampoco poder de policía que hace la esencia del gobierno mismo». <sup>35</sup>

Basta señalar que la solución más adecuada, para evitar el abuso de poder y que fue utilizado durante mucho tiempo con éxito fue el control recíproco realizado entre los mismos poderes, lo que ya no resulta viable hoy en día, por eso se vuelve necesario estudiar otros medios para lograr el objetivo planteado. De ahí que el referido autor argentino escriba lo siguiente:

Suficiente contrapeso y controles recíprocos que los clásicos poderes constituían fueron una solución razonable y útil durante siglos, pero hace algunas décadas, el derecho público comparado nos enseña, al igual que la praxis, que solamente esos controles no bastan ya y que la sociedad requiere de distintos mecanismos para contrapesar a la Administración toda. Si bien esto no anula los naturales mecanismos clásicos —tales como el freno que puede materializar cualquier cuerpo legislativo de su ejecutivo o que alguno de ellos o ambos sean acotados por decisiones del poder judicial— es obvio que las nuevas tecnologías, las mayores confluencias de factores económicos de poder y determinados grupos sectoriales que influyen directa o indirectamente en el poder político, a lo que se suma una más fluida y rápida intercomunicación dentro del propio país y fuera de él, sin descartar las consecuencias económicas, bélicas o de otra naturaleza que acontecen en un país y repercuten inmediatamente en otro u otros nos llevan a imaginar mecanismos variados y eficientes para controlar los poderes clásicos del sistema republicano. <sup>36</sup>

Al adoptarse estas nuevas instituciones lo que se pretende es la colaboración entre estas, para buscar una mejora en los sistemas de gobierno, que permita disminuir o erradicar la corrupción. Pero ante la concentración de poder que se observa en el poder ejecutivo, se complica un control sobre el gobierno. Con la separación de poderes, se tiene que considerar la racionalidad que muestra el derecho, y que busca y se esfuerza por colocarse por encima del gobernante y de quien en ese momento detente el poder público.

Por último, el autor argentino Néstor Osvaldo Losa considera la existencia en el ámbito municipal del gobierno la existencia y conveniencia de que se conforme un poder judicial, que debe consistir a juicio del referido autor en lo siguiente: «El vecino quiere paz y ello se logra por la ley y su efectiva aplicación. No existe poder de policía municipal sin magistrados que lo hagan efectivo y real». <sup>37</sup>

Muy importante resulta ser la estructura federal para Salvador Valencia Carmona, al permitir este sistema el ejercicio de las tres funciones de gobierno, muy propias del siste-

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 56.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 24.

ma federal. No obstante, se debe considerar al menos en algunos municipios, que esto no se puede ejercer de manera plena al no adoptarse de forma integral dicho principio. En palabras de Salvador Valencia Carmona tenemos:

El artículo 39 constitucional establece que la soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo y se ejerce a través de los poderes constituidos, y de los artículos 49 y 116 de nuestra carta magna se desprende la división en tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. Estas tres funciones se realizan en tres niveles de gobierno: el nivel federal, el nivel estatal y el nivel municipal, y el artículo 115 establece en su fracción I que cada municipio será gobernado. A nivel federal existen los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que realizan las funciones de soberanía. A nivel estatal existen los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, que realizan las funciones de soberanía de la entidad federativa dada. Y el municipio, que es el tercer nivel de gobierno, ejerce las tres funciones de gobierno propias de nuestro federalismo.<sup>38</sup>

Por su parte, Horacio Rosatti explica la división de poderes municipal de la siguiente manera:

En Argentina el concepto de la división de poderes municipal, ha sido ampliamente discutido y aceptado formalmente, a partir de las innovaciones constitucionales realizadas en el año de 1994. Lo anterior tuvo como consecuencia la conformación de un poder ejecutivo, legislativo y judicial, a semejanza de lo acontecido en las escalas nacional y provincial. Son de mencionarse las ideas que al respecto desarrollaron, previamente Adolfo Korn Villafañe Tomás E. Bernard, sobre la implantación de un republicanismo completo en el ámbito municipal.<sup>39</sup>

Una opinión muy reputada sobre el artículo 115 es la de Jorge Fernández Ruiz, quien nos proporciona el siguiente análisis:

El municipio tiene atribuidas formal y materialmente funciones administrativas, cual es, por ejemplo, la de administrar libremente su hacienda; y aun cuando carece formalmente de la función legislativa —habida cuenta que no puede expedir leyes en sentido formal—, la tiene atribuida materialmente, por estar facultado para expedir bandos y reglamentos, que en sentido material se consideran como leyes, dada su abstracción, impersonalidad, generalidad, obligatoriedad y coercitividad. En cuanto a la función jurisdiccional, el municipio carece formalmente de ella, pero la tiene encomendada materialmente, y la ejerce a través de la llamada justicia municipal de barandilla.<sup>40</sup>

Si estamos de acuerdo en considerar al municipio como un nivel de gobierno se tiene que entender que debe llevarse a cabo en tres funciones, lo que antes se consideraban

<sup>38</sup> Quiñónez Payan, María del Rosario, «El gobierno municipal y la necesidad de constituirlo con base en la separación de poderes», en Valencia Carmona, Salvador (coord.), *El municipio en México y en el mundo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 725.

<sup>39</sup> Rossati, Horacio, *Tratado de derecho municipal*, 2ª ed., T. IV, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 1997, p. 65.

<sup>40</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, p. 88.

bandos y reglamentos en los ayuntamientos, ahora se consideran materialmente leyes. En ese sentido, Reynaldo Robles Martínez señala los prejuicios que limitan el desarrollo municipal en este tema:

Es equivocada la creencia de que el municipio es un órgano administrativo y no un nivel de gobierno, que sus facultades para crear normas son reglamentarias, propias del ejecutivo y no legislativas. El municipio es un nivel de gobierno, que tiene una esfera de competencia con funciones legislativas, que las realiza a través de un órgano colegiado, deliberativo, el cual satisface los requisitos de órgano legislativo, ya que el carácter de las normas que expide es el de una verdadera ley, tanto desde el punto de vista material como formal. Lo único que se requiere es superar los prejuicios para reconocer que el municipio tiene facultades legislativas y que esa función la realiza el cuerpo colegiado y deliberativo llamado ayuntamiento.<sup>41</sup>

La construcción del gobierno municipal se ha generado de manera pausada, y se ha podido dar como consecuencia de la evolución natural de los pueblos que se observa al paso del tiempo; en México, ha resultado determinante para tal desarrollo un criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se establece que el municipio viene a ser un poder, y que por lo mismo le corresponde ejercer las funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. Lo anterior se puede ver a continuación:

[...] el municipio constituye un poder, pues ejerce las funciones ejecutivas, legislativas y judicial, propias de un verdadero poder político. Si de manera analítica se llama poder político a uno de los órganos que ejerce una de las funciones de soberanía, con mayor razón puede atribuírsele al municipio tal carácter, de manera sintética, al ser un órgano que ejerce tres funciones.<sup>42</sup>

## VIII. CONCLUSIONES

— El reconocimiento del municipio como una esfera de gobierno del sistema federal mexicano es una derivación propia y entendible a la luz de los postulados del federalismo mexicano, no obstante el desarrollo del municipio como una entidad independiente y autónoma, se encontraba pendiente de articular a nivel constitucional, esta laguna jurídica e inconsistencia de naturaleza política que perjudicaba el desarrollo municipal y sobre todo a sus respectivas poblaciones, se resolvió magistralmente en alguna medida con la reforma constitucional de 1999, que reconoció al municipio como un ente susceptible de gobernar, no únicamente administrador, sin embargo, persisten algunos problemas estructurales en la vida política municipal, que derivan el hecho de que el federalismo se recarga de forma excesiva en la Federación y los Estados, relegando al municipio a segundo término, esto, una muestra palpable de lo inacabado que se encuentra el camino por lograr una plena autonomía municipal.

— Es prudente que se trabaje en la profundización del principio federalista en lo que respecta al municipio para que su diseño constitucional se armonice con los otros dos niveles de

<sup>41</sup> Robles Martínez, Reynaldo, *El municipio*, 6ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 235.

<sup>42</sup> Sentencia, Amparo en Revisión 4521/90, Ayuntamiento de Mexicali, Baja California, p. 52.

gobierno, reconociéndole su personalidad jurídica y legislativa. Sería deseable que la comunidad jurídica y académica, así como los gobernantes y partidos políticos, se comprometan con una seria reflexión jurídico-constitucional, acerca de la visión moderna del municipio.

— La facultad reglamentaria subordinada a las leyes que establezcan otros órganos de gobierno refleja claramente cómo la autonomía municipal es un objetivo inacabado hoy día, esto debe tomar en consideración, que si se reconoce al municipio no como un órgano descentralizado por región, sino como un poder del Estado, se debe focalizar la función legislativa municipal, en lo que antes se consideraban bandos y reglamentos en los ayuntamientos, ahora deberían considerarse materialmente leyes. Esto podría contribuir a reforzar la potestad reglamentaria municipal, lo cual no significa que al municipio se le dote de poderes ilimitados, si realizamos una correcta lectura del principio de separación de poderes, la sucesiva especialización de los poderes tarde que temprano implicará una necesaria autolimitación del poder político, ello equivaldría en profundizar en el estudio de una normativa municipal, se desarrollaría así una función normativa municipal, correspondiente al ayuntamiento como órgano deliberativo-legislativo, lo que tendría un efecto adicionalmente benéfico, pues contribuiría a inclinar a los ciudadanos hacia la balanza del estado de derecho, enseñándoles así que los regímenes de derecho constituyen la forma más idónea de convivencia político-social, y que la ley, es la expresión más concreta y cercana que tienen para vivir civilizadamente.

— Es imposible que en el siglo XXI, el municipio se defina únicamente como un organismo descentralizado, a quien le corresponde la prestación de un catálogo constitucional de servicios públicos. Seguro que esto es muy importante, pero, la autonomía municipal como institución constitucional, es mucho más amplia, ello se deriva, del hecho de que el municipio es consecuencia del fenómeno federalista de descentralización política, lo cual implica que si bien se encuentra vinculado a la federación, se debe constituir como un municipio autónomo que le permita desarrollarse en las tres esferas básicas de la autonomía municipal que son: la autonomía política, la administrativa y la financiera del municipio. Basándose en lo anterior, es digno de considerar que, en el orden nacional, aún no se han terminado de articular los alcances y los apartados de la autonomía municipal, por lo que queda como una asignatura pendiente para nuestros legisladores. La autonomía municipal es un aspecto toral para la modernización municipal.

— Una verdadera libertad municipal contribuiría fuertemente al progreso material y espiritual de la población, pues la aparta de la voluntad absorbente que muestran otros poderes. La definición del municipio libre, es muestra clara de una genuina demanda revolucionaria que si bien no se completó, rindió sus frutos, ahora es tiempo de complementar esa fórmula como un principio y un valor constitucional, a través de un diseño constitucional y de un ejercicio municipal que le permita al municipio expresarse no como un organismo descentralizado por región, sino como un producto y una entidad proveniente de un auténtico fenómeno de descentralización política, esto implicaría reconocerle su particularidad primigenia territorial, reforzar y proteger su autonomía dotándole de recursos políticos y de una hacienda municipal, y finalmente la libertad se manifestaría permitiéndole expresarse como un orden de gobierno y no como un administrador.

— La falta de recursos, como consecuencia de su limitada potestad tributaria le impide cumplir plenamente sus fines de atención a los pobladores de la comunidad. Es pertinente reglamentar las contribuciones municipales para dotarles a los municipios de instrumentos jurídicos para la libre administración de la hacienda municipal, aunque también se debe reforzar un sistema de rendición de cuentas municipales.





# LAS RELACIONES DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN EN EL ÁMBITO MUNICIPAL. EL RÉGIMEN DE LAS MANCOMUNIDADES

Por **ROBERTO BACA MERINO** \*

## SUMARIO

I. Fundamento e importancia de las relaciones intergubernamentales para los gobiernos locales. II. Cooperación y coordinación en el ámbito municipal. III. Instrumentos e instancias de coordinación y cooperación. IV. El régimen de las mancomunidades.

## I. FUNDAMENTO E IMPORTANCIA DE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES<sup>1</sup> PARA LOS GOBIERNOS LOCALES

A nivel de los gobiernos locales, el marco general desarrollado en la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades (LOM), contempla desde el título preliminar las relaciones entre los gobiernos nacional, regional y local (numeral VII<sup>2</sup>), incidiendo en su aplicación para evitar la duplicidad y superposición de funciones.

En ese sentido se alude expresamente a la coordinación y cooperación presente en la relación entre esos tres niveles de gobierno. Consecuentemente, dentro del mismo cuerpo legal (artículo 75), se prevé la obligación de las municipalidades respecto a la información y coordinación que se requiere sostener con las entidades con las que se comparten competencias y funciones, antes de ejercerlas.

Ello resulta coherente con lo señalado en la propia Constitución la cual establece en su artículo 195 que «los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo».

En ese contexto, de acuerdo con el artículo 123 de la LOM la finalidad de tales relaciones es fomentar la coordinación de las acciones de competencia de cada uno de los tres niveles

---

\* Máster en Administración y Gerencia Pública por la Universidad de Alcalá. Abogado por la Universidad de Piura. Miembro de la Unión Iberoamericana de Municipalistas. Correo: rbacamerino@gmail.com.

<sup>1</sup> En la mayor parte del presente trabajo haremos referencia al término «relaciones intergubernamentales» en sentido amplio, ya que estas incluyen tanto la relación con el Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales, así como con toda organización administrativa vinculada al funcionamiento de la administración pública.

<sup>2</sup> «Artículo VII.- Relaciones entre los Gobiernos Nacional, Regional y Local

El gobierno en sus distintos niveles se ejerce dentro de su jurisdicción, evitando la duplicidad y superposición de funciones, con criterio de concurrencia y preeminencia del interés público.

Las relaciones entre los tres niveles de gobierno deben ser de cooperación y coordinación, sobre la base del principio de subsidiariedad».

de gobierno que comprende el respeto mutuo a las competencias atribuidas a cada uno de ellos. Del mismo modo, también están consideradas en el artículo 124 LOM las relaciones que mantienen las municipalidades entre sí, que se desarrollan en el marco de la coordinación, cooperación o asociación para la ejecución de obras o prestación de servicios.

Cabe destacar también que conforme el artículo 49 de la Ley de Bases de la Descentralización (LBD), el gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales mantienen relaciones de coordinación, cooperación y apoyo mutuo, en forma permanente y continua, dentro del ejercicio de su autonomía y competencias propias, articulando el interés nacional con los de las regiones y localidades.

Asimismo, la referida norma dispone que el gobierno regional no pueda interferir en la acción y competencias de las municipalidades de su jurisdicción. De igual modo, puede celebrar y suscribir en forma indistinta, convenios de colaboración mutua y recíproca, y contratos de cualesquier naturaleza para fines comunes determinados.

Efectivamente, tal como promueven las normas mencionadas, resulta necesario implantar en nuestro Estado descentralizado un marco general de colaboración que tiene que estar presente en las relaciones entre los distintos niveles de gobierno, con incidencia en este caso en el nivel local, propiciando de este modo que dichos niveles se complementen y apoyen en busca de las soluciones más eficaces posibles respecto a las tareas que comparten, y a su vez cumplan de manera adecuada las atribuciones otorgadas a cada uno de ellos, lo cual comprende el respeto a los títulos competenciales respectivos.

La colaboración así concebida se constituye

en un deber jurídico que obliga a todas las Administraciones Públicas, e implica que cada Administración debe actuar de forma que no impida o menoscabe el ejercicio de competencias ajenas y debe colaborar con las demás en el ejercicio de sus competencias cuando la ejecución de las competencias propias de una entidad territorial requiera la ayuda, bien jurídica o material, de otra Administración.<sup>3</sup>

El principio de colaboración en sentido amplio, asimilado al principio de lealtad federal (*Bundestreue*) del sistema alemán,<sup>4</sup> es una categoría funcional de los estados compuestos o

<sup>3</sup> Benzo Sainz, Isabel. «La cooperación Estado-Comunidades Autónomas: fórmulas institucionales» en *La administración pública de las comunidades autónomas*, Coordinador Martín Bassols Coma, INAP, Madrid, 2004, p. 41.

<sup>4</sup> Sosa Wagner, quien ha recogido la labor desarrollada por la doctrina alemana para definir los contornos de la lealtad federal, señala en tal sentido que para Smend está presente en la relación funcional entre *Bund* (Estado central), y los *Länder* (estados federados) «una fidelidad de los Estados a los compromisos aceptados, lo que también puede formularse como una obligación de mantener una relación positiva o constructiva en la relación que traban los diversos componentes del Estado Federal». Igualmente, hace referencia a Bayer, el cual plantea que la lealtad no es sino «el deber del *Bund*, por un lado, y de los *Länder*, por otro, de valorar y considerar siempre y en cualquier circunstancia en sus relaciones recíprocas los intereses comunes». Se construye así un deber, que alcanza mayor eficacia práctica si se erige en un límite a la discrecionalidad del *Bund* y de los *Länder* a la hora del ejercicio de sus respectivas competencias.

descentralizados. Impone a las distintas instancias territoriales el deber de cumplir con algunas prestaciones o servicios recíprocos para la práctica eficaz de sus atribuciones. Se sitúa en el amplio campo de las relaciones intergubernamentales de actuación de atribuciones y, en tanto deber genérico, constituye un límite a la autonomía de los poderes regionales y municipales.<sup>5</sup>

De esta forma, se coadyuva el buen funcionamiento del Estado, al encontrarse puntos de contacto entre la autonomía de las instancias de gobierno descentralizadas y la unidad del Estado.<sup>6</sup>

Se requiere tener en cuenta que la autonomía municipal, no puede, en principio, ser total, ni confundirse con la independencia o soberanía, porque cada gobierno local opera en un territorio y una población sobre la que también tienen competencias y responsabilidades el Estado y otros entes territoriales superiores.<sup>7</sup>

El uso de los instrumentos en que se concreta la colaboración, a través de las relaciones de coordinación y cooperación contribuye a reducir la conflictividad, especialmente en el caso de las competencias compartidas, siendo conveniente generar una tendencia a su ejercicio armonioso, compatibilizando la autonomía de las instancias de gobierno descentralizadas y la unidad del Estado. A propósito de ello, como bien señala el profesor Rodríguez Arana dicho equilibrio entre autonomía e integración, propia de un Estado unitario, implica asumir que «la autonomía sin integración no es autonomía, sino disgregación; la integración sin autonomía es uniformización».<sup>8</sup>

En tal sentido, los gobiernos locales, en un contexto general de colaboración, deben buscar establecer relaciones de coordinación y cooperación fluidas y productivas entre

---

Vid. Sosa Wagner, Francisco y, Mercedes, Fuertes León. «El principio de lealtad institucional», en *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Director Juan Alfonso Santamaría Pastor. La Ley, Madrid, 2010, p. 903.

<sup>5</sup> Albertí Rovira, Enoch. «Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en *Rev. Española de Derecho Constitucional*, 14, año (5 mayo-agosto 1985), p. 138.

<sup>6</sup> Ceccherini, Eleonora. «Las relaciones de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas. Algunas consideraciones sobre la experiencia española», en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Nro. 16, 2000, p. 6. Disponible <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/016-febrero-2000/las-relaciones-de-colaboracion-entre-estado-y-comunidades-autonomas.-algunas-consideraciones-sobre-la-experiencia-espanola-1>.

<sup>7</sup> Parada Vásquez, Ramón. *Derecho Administrativo II: Organización y empleo público*. Vigésima Primera Edición. Marcial Pons, Madrid, 2010, p.c199. Al respecto es necesario señalar que el Tribunal Constitucional (TC) peruano ha planteado que «la Constitución garantiza a los gobiernos locales una autonomía plena para aquellas competencias que se encuentran directamente relacionadas con la satisfacción de intereses locales. Pero no podrá ser de igual magnitud respecto de aquellas que los excedan, como los intereses supralocales, donde esa autonomía tiene necesariamente que graduarse en intensidad, debido a que de esas competencias pueden también, según las circunstancias, coparticipar otros órganos estatales» (F.J. 6 de la Sentencia recaída en el Expediente 00032-2005-PI/TC). Cabe agregar que el citado criterio jurisprudencial ha sido anteriormente establecido por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en el Expediente 0007-2002-AI/TC y en el Expediente 0013-2003-AI/TC.

<sup>8</sup> Rodríguez Arana, Jaime. «Modelo territorial y principio de cooperación» en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Núm. 300-301. Enero-Agosto 2006, p. 147.

ellos, así como también con los otros niveles de gobierno, en la medida en que dichas relaciones contribuyan a la mejor prestación de servicios públicos y al eficaz ejercicio de las funciones asignadas.

La colaboración en la provisión de los servicios públicos en el ámbito municipal ha adquirido especial relevancia en los últimos años. Al enfrentar los municipios dificultades y deficiencias en la prestación de servicios públicos y en vista de las restricciones presupuestales con que cuentan, deben buscar alternativas para llevar a cabo una mejor gestión de dichos servicios.

Cabe tener en cuenta que ello no implica que la municipalidad asuma relaciones de subordinación frente a otros niveles de gobierno, al punto que la puedan suplantar o dictarle que debe hacer en la gestión de sus fines. Se trata de hacer posible y útil la convivencia de los diferentes niveles de gobierno dentro del marco de sus atribuciones exclusivas o compartidas.

Estas relaciones, respecto a las cuales ahondaremos a continuación, son de cooperación cuando permiten a cada parte actuar como igual de la otra en relación; se consideran de coordinación, no subordinación, cuando la municipalidad condiciona sus actos e intereses a lo que determine una de las partes, en general el Gobierno nacional, en función de intereses superiores y en concordancia con el carácter unitario del Estado.

Si asumimos la coordinación entre las distintas administraciones como una modalidad de colaboración, la coordinación producida en ese sentido no vulnera el principio de indisponibilidad de las competencias, pues las partes optan por colaborar en el ejercicio competencial, manteniendo a salvo la distribución de los ámbitos y capacidades de actuación en virtud de la titularidad de sus respectivas competencias.

Un sistema de relaciones intergubernamentales diseñado de acuerdo a tales parámetros considera el respeto al ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven; exige, asimismo, ponderación a la hora de actuar las competencias exclusivas, de la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté compartida con otros niveles de gobierno.

Dicho ello, también cabe precisar, teniendo en cuenta lo señalado en su oportunidad por Martín Huerta, que no existe sistema normativo en el mundo capaz de prever todos los supuestos posibles que dan lugar al establecimiento de relaciones de colaboración entre Administraciones mediante convenio. Ante una realidad actual, compleja y cambiante, que exige de las Administraciones actuaciones ágiles, eficientes y eficaces, el sistema normativo diseña, por su parte, ámbitos materiales y poderes administrativos distintos para la actuación de las distintas Administraciones, que se ven superados por esta realidad.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Martín Huerta, Pablo. *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2000. p. 57

En un sentido amplio, estas relaciones de colaboración tienen un impacto positivo en la gestión municipal, pues por un lado facilitan a otras administraciones la información que sea relevante para el adecuado desarrollo de sus funciones; y a su vez permite al ente local ser destinatario de la colaboración y la asistencia activa que otras administraciones puedan brindar en beneficio del eficaz cumplimiento de sus tareas. Resulta importante resaltar que estas consideraciones rigen no solo para las entidades locales en sus relaciones con los otros niveles de gobierno, sino también para todos estos en las relaciones que entablen con las municipalidades.

Es fundamental tener en cuenta, para fines de destacar la importancia y utilidad de este tipo de relaciones, que las municipalidades, como toda Administración Pública, son sujetos vinculados a la satisfacción de intereses públicos. En tal sentido, las materias sobre las que se coordina o coopera son también de interés para los ciudadanos destinatarios de cada acción pública para cuya satisfacción se ha dotado a la municipalidad de potestades administrativas específicas, entre ellas el establecer tales relaciones, por lo que no debe olvidarse esta finalidad última a la que deben ligar su puesta en marcha, contenido y funcionamiento.

## II. COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN EL ÁMBITO MUNICIPAL

Es necesario plantear algunas consideraciones conceptuales respecto a la coordinación y cooperación. Se derivan del ya mencionado deber general de colaboración,<sup>10</sup> del cual constituyen sus principales manifestaciones. Es prioritario contar por ello con instrumen-

---

<sup>10</sup> Cabe mencionar que el artículo 76 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General-LPAG, contempla el criterio de colaboración entre las entidades, respecto a lo cual se precisa que su ejercicio, no implica renuncia a la competencia propia señalada por Ley. Dicho criterio se expresa en el respeto al ejercicio de competencia de otras entidades, así como en el prestar en el ámbito propio la cooperación y asistencia activa que otras entidades puedan necesitar para el cumplimiento de sus propias funciones. Ello se vincula con el deber de cooperación establecido para el Poder Ejecutivo en el artículo V de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo-LOPE, así como a los Gobiernos Regionales, tal como se prevé en el artículo 7 de la Ley 27867, Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales-LOGR.

Como señala Morón Urbina, comentando dicho artículo, «la relación que promueve con mayor eficiencia la coherencia en la actuación de diversas entidades públicas es la de colaboración o cooperación interadministrativa», la cual define como «la conducta activa de las entidades públicas tendente a facilitar las actuaciones de autoridades ajenas o a realizar acciones conjuntas y voluntariamente aceptadas para la consecución de sus fines de interés público». Vid. Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Novena Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 336.

Apunta el mismo autor, que «la relación de colaboración refleja la necesidad del interés público que las entidades administrativas actúen de manera coordinada en aquellos asuntos de su competencia material en los cuales mantengan afinidad o cercanía funcional». *Ibidem*. p. 336. A criterio de Martín Tirado, el mencionado artículo 76 regula dos aspectos de la colaboración administrativa. El primero, correspondiente a los numerales 76.1 y 76.2 de la LPAG, los cuales presentan el principio o criterio de colaboración entre entidades. Y el segundo, correspondiente a los numerales 76.3 y 76.4 de la misma LPAG, los cuales enfocan este principio como una herramienta en el marco del procedimiento administrativo que serviría para resolver de una manera más ágil el procedimiento o para llegar a la verdad material antes de tomar una decisión. Vid. Martín Tirado, Richard. «Reformas a los mecanismos de colaboración administrativa a propósito de los diez años de vigencia de la ley 27444» en *Derecho PUCP*. Número 67, 2011, p. 313.

tos y formas de cooperación, así como de coordinación,<sup>11</sup> que contribuyan a un trabajo integrado entre los diferentes niveles de gobierno, condición básica para el funcionamiento equilibrado de un Estado descentralizado.

Conjuntamente con ello, se requiere considerar la aplicación de dos principios que inciden en las relaciones intergubernamentales, y a los que es necesario referirnos para entender el contexto en que este tipo de relaciones se desenvuelven. El primero de ellos es el de *solidaridad*, que permite articular los intereses generales y particulares equilibrando la unidad del Estado y la diversidad o pluralidad de los entes territoriales autónomos,<sup>12</sup> es así que como señala Muñoz Machado se puede otorgar a dicho principio una funcionalidad primaria y esencial, como es la de lograr «[...] un buen funcionamiento de las estructuras públicas y una correcta articulación de las competencias, exigir su uso con respecto a los principios que inspiran la distribución territorial del poder».<sup>13</sup> En definitiva, este principio impone a todos los poderes públicos un comportamiento leal, aceptando las reglas del sistema y procurando su conservación.

En la línea de completar la configuración de este concepto se ha de atender a su proximidad a la cooperación y colaboración como principios de relación de las entidades locales entre sí y entre estas con los otros niveles de gobierno. Como puntualiza Santamaría Pastor, el principio de solidaridad exige la implantación de un abanico de técnicas de colaboración entre todos los entes para el ejercicio armónico y coordinado de sus respectivas competencias.<sup>14</sup>

Hay que destacar la exigencia que este principio implica para todos los poderes públicos, a fin de que estos actúen teniendo presente que son partes integrantes de una unidad, puesto que cuentan con intereses únicos y comunes, debiendo obrar respetando los intereses propios de los demás, que no necesitan contraponerse sino que tienen que resultar complementarios.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Al respecto, cabe destacar la Sentencia recaída en el Exp. 00007-2010-PI/TC, referido al cuestionamiento a una norma en materia ambiental emitida por un Gobierno Local, la cual precisa en el Fundamento Jurídico (FJ) 15 que «para la implementación de cualquier proyecto, medida o plan de desarrollo destinado a la protección del ambiente [...] necesariamente debe verificarse que el diseño se encuentre acorde con la política nacional establecida por el gobierno central para dicho sector...por lo que en materia de competencias compartidas resulta necesaria la coordinación y cooperación entre las diversas autoridades, para efectos de no emitir normatividad ni actos administrativos que afecten las competencias de cada estamento».

<sup>12</sup> Díaz Ricci, Raúl y De la Vega de Díaz Ricci, Ana. *Principios articuladores para una red federal ambiental*. Ponencia en el V Congreso Argentino de Administración Pública. 2009. p. 8. Disponible en <http://www.asociacionag.org.ar/congreso-de-administracion-publica/quinto-congreso/paneles-y-ponencias3/>.

<sup>13</sup> Muñoz Machado, Santiago. *Derecho público de las comunidades autónomas*. Tomo I. Editorial Iustel, Madrid, 2007, pp. 217-218.

<sup>14</sup> Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*. Tomo I. Segunda edición, Editorial Iustel, Madrid, 2009, p. 106. Barrera Buteler, al comentar la relevancia del principio para el caso argentino, señala que la solidaridad actúa como un valor que impulsa a los sujetos de la relación federal (Gobierno federal-Gobiernos provinciales) a coordinar sus acciones entre sí y a cooperar mutuamente en miras a la realización de intereses comunes, en este sentido, también sirve como soporte al principio de autonomía. Vid. Barrera Buteler, Guillermo. *Provincias y nación*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 51.

<sup>15</sup> Pérez Tremps, Pablo. «Los principios generales de la organización territorial del Estado», en *Derecho constitucional*. Tomo I. Tercera edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. pp. 298-299.

La implementación de una política de descentralización y distribución de competencias entre distintos niveles de gobierno, requiere la presencia del *principio de subsidiariedad*,<sup>16</sup> el cual se expresa en el sentido de que la gestión de los asuntos públicos debe efectuarse en el nivel más próximo al ciudadano. De este modo se asignan las responsabilidades a los niveles de gobierno más cercanos o con más posibilidades de dar una respuesta con el menor costo y un margen de eficiencia razonable.

La aplicación de dicho principio implica que las responsabilidades se asignen a los particulares antes que al Estado, al municipio antes que a la región, a la región antes que al gobierno nacional.<sup>17</sup> La lógica de la solidaridad y la subsidiariedad para el funcionamiento competencial se manifiesta en el deber general de colaboración y se concreta en las relaciones de cooperación y coordinación. El deslinde conceptual de estos criterios jurídicos es discutido en la doctrina comparada y es escaso su desarrollo en la doctrina peruana.

Por ello, se produce en la práctica un uso terminológico impreciso que se evidencia en las leyes, los convenios y demás acuerdos o instancias de encuentro intergubernamental. Bajo la denominación *cooperación y coordinación* se encubren en ocasiones verdaderas delegaciones del ejercicio de las competencias porque llegan a afectar la titularidad de estas al vaciarlas de contenido. La consecuencia es la centralización que aleja los niveles de decisión con relación a los ciudadanos.<sup>18</sup>

En ese contexto, la cooperación y coordinación son técnicas relacionales que tienen en común la no alteración del sistema general de distribución de competencias. Mediante ellas se busca la flexibilización del sistema de relaciones intergubernamentales, respetando y cohesionando el ejercicio de las competencias que como propias tienen reconocidas las diferentes entidades territoriales en las que se vertebra el Estado.<sup>19</sup>

Es necesario entonces, ante la concurrencia competencial, acudir a la colaboración y a las relaciones de coordinación y cooperación. La colaboración es una exteriorización del ya citado principio de solidaridad en las relaciones intergubernamentales. En este proceso, los efectos unitivos de la solidaridad se acotan mediante la subsidiariedad que resguarda la diversidad ya que la intervención del nivel superior se limita a aquellos aspectos en los que cada comunidad particular resulta insuficiente por sí misma para alcanzar los fines propuestos.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Sobre la configuración e implicancias del principio de subsidiariedad *Vid.* Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Tomo I, Editorial Palestra, Lima, 2010, pp. 93-95.

<sup>17</sup> Al respecto, en ese mismo sentido, corresponde tener en cuenta que de acuerdo al numeral 14.1 del artículo 14 de la Ley de Bases de la Descentralización que la subsidiariedad, constituye uno de los criterios para la asignación y transferencia de competencias, de modo tal que el gobierno más cercano a la población es el más idóneo para ejercer la competencia o función, evitándose la duplicidad y superposición de funciones.

<sup>18</sup> Díaz Ricci, Raúl y De la Vega de Díaz Ricci, Ana. *Ob. cit.*, p. 10.

<sup>19</sup> Salvador Crespo, Mayte. *La autonomía provincial en el sistema constitucional español. Intermunicipalidad y Estado autónomico*, Fundación Democracia y Gobierno Local. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2007, p. 313.

<sup>20</sup> Barrera Buteler, Guillermo. *Ob. cit.*, p. 53.



Como hemos venido señalando la coordinación y la cooperación, se vinculan estrechamente en la práctica estatal por tratarse de relaciones de ejercicio y funcionamiento competencial, pero tienen sustanciales diferencias entre sí. Cabe considerar, en principio, la coordinación como un *mecanismo de relación* entre dos o más instancias, cuya razón de ser estriba esencialmente en evitar que las decisiones que se puedan tomar resulten incompatibles en aras a la realización de una finalidad que incumbe a todas.<sup>21</sup>

Lo característico de la coordinación es que puede llegar un momento en que una administración, titular de una competencia o potestad de coordinación, imponga unilateralmente unos criterios o directrices comunes, que hagan posible la integración.<sup>22</sup> El instrumento característico, entonces, es la *planificación sectorial*.<sup>23</sup> Asimismo, también permite lograr la unidad de actuación entre dos o más administraciones con competencias compartidas en una misma materia.<sup>24</sup>

De ello se desprende que es necesario siempre verificar que se den los presupuestos jurídicos de la coordinación, es decir, que existan actividades de la competencia de varias administraciones o varios órganos que deben ser coordinados.<sup>25</sup> Cabe indicar que, de manera general, se considera que la coordinación no es solo una función específica del mando o jerarquía de las organizaciones, sino uno de los objetivos de todas organizaciones por entenderse, siendo entonces un presupuesto indispensable para el cumplimiento eficaz de los objetivos.<sup>26</sup>

En el ámbito de las relaciones intergubernamentales, la coordinación es comúnmente considerada como la posibilidad que tiene una de las partes de dicha relación, común-

<sup>21</sup> Albertí Rovira, Enoch. «La coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» en *Documentación Administrativa* 230-231, abril-septiembre, 1992, p. 52.

<sup>22</sup> Para el profesor Parada una coordinación voluntaria desde una posición de igualdad de los diversos entes públicos para colaborar sin imperatividad ni coacción para su cumplimiento es lo que corresponde a la cooperación como principio que trata de compensar la dispersión centrífuga que la descentralización provoca en el conjunto de la actividad pública. *Vid.* Parada Vázquez, Ramón. *Ob. cit.*, p.71.

<sup>23</sup> Sala Arquer, José Manuel, «Las relaciones entre la Administración autonómica y las Administraciones locales. El llamado "Pacto local"» en *Curso de derecho público de las Comunidades Autónomas*, Directores Jaime Rodríguez-Arana y Pablo García Mexía, Editorial Montecorvo, Madrid, 2003, p. 802. Martín Huerta pone como ejemplo el caso de las decisiones de los órganos colegiados de coordinación, en cuyo seno se pueden adoptar, en el caso de discrepancias entre sus miembros y con carácter subsidiario al acuerdo, decisiones vinculantes incluso para los discrepantes. *Vid.* Martín Huerta, Pablo, *Ob. cit.*, p. 154.

<sup>24</sup> Con relación a la coordinación resulta pertinente hacer alusión a las consideraciones planteadas por el Tribunal Constitucional español que la define de la siguiente manera «[...] la competencia estatal de coordinación general significa no solo que hay que coordinar las partes o subsistemas [...] sino que esa coordinación general le corresponde hacerla al Estado; d) en consecuencia, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades [...] estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema» (STC 32/1983, FJ 2).

<sup>25</sup> Sánchez Morón, Miguel. «La coordinación administrativa como concepto jurídico» en *Documentación Administrativa* 230-231, abril-septiembre 1992, p. 23.

<sup>26</sup> Parada Vázquez, Ramón, *Ob. cit.* p. 68.

mente el Gobierno nacional, para intervenir con competencia propia en el ejercicio de atribuciones ajenas, por lo general de las instancias inferiores de gobierno. Ello a su vez exige el respeto de las competencias ajenas evitando el vaciamiento de su contenido porque su finalidad es la de armonizar el ejercicio de las respectivas potestades.

En ese sentido, la coordinación puede implicar una cierta limitación del ejercicio de las competencias de las regiones o municipios coordinados, como límite a la autonomía,<sup>27</sup> pero que no debe llegar a vulnerar la garantía constitucional de las respectivas autonomías regional y municipal.

Hay que tener en cuenta que el ejercicio de las potestades de coordinación no puede suponer un mecanismo indirecto de alteración del reparto competencial. En función de ello deberá atenderse a la proporcionalidad en el ejercicio de esa potestad coordinadora, sustentando la pertinencia de recurrir a ella. De ser necesario se requiere contar como condición previa la existencia de una norma que establezca las condiciones en las que se ejerce dicha potestad.

Atendiendo al tratamiento existente sobre la coordinación en el ámbito de las relaciones intergubernamentales, esta tendría por principal objeto, el evitar duplicaciones y contradicciones entre actividades que involucran a dos o tres niveles de gobierno y ordenarlas.

Distinta de la coordinación es la cooperación como relación intergubernamental que posibilita a dos instancias públicas el ejercicio mancomunado e interdependiente de sus respectivas atribuciones. Se cumple en un único proceso de decisión en el que generalmente la competencia se ejerce conjuntamente. De este modo la cooperación «comporta una vinculación mucho más estrecha porque consiste en el coejercicio o el ejercicio mancomunado de una competencia».<sup>28</sup>

La cooperación presupone la igualdad de las partes, por lo que solo es posible cooperar si estas quieren. Desde el momento en el que las partes estén obligadas a cooperar, desaparece el elemento voluntarista y las relaciones entre aquellas se transforman, dejando de ser cooperativas.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Díaz Ricci, Raúl y De la Vega de Díaz Ricci, Ana *Ob. cit.* p. 12.

<sup>28</sup> Aja, Eliseo. «Las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas» en *Curso de Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 2003.pp. 512-513. Cabe destacar a fines de la distinción entre cooperación y coordinación, la STC 214/89 del TC español que precisa «si bien tanto una como otras técnicas se orientan a flexibilidad y prever disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias, aunque sin alterar en ninguno de los casos la titularidad y ejercicio de las competencias propias de los entes en relación, lo cierto es que las consecuencias y efectos dimanantes de unas y otras no son equiparables. La voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición de la coordinación —ya que toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado—, es, por sí mismo, un elemento diferenciador de primer orden, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas».

<sup>29</sup> Con relación a la voluntariedad como nota característica de la cooperación, una posición contraria al respecto plantea Menéndez Rexach para quien desde que la cooperación se configura como un deber

Cabe agregar respecto a este aspecto de la cooperación que se cumple a través de acciones conjuntas llevadas a cabo por órganos creados para tales objetivos o por procedimientos conjuntos. En general se instrumenta por acuerdos o convenios. Por ello, tal como señala Parada se asume que la cooperación por antonomasia entre dos entes públicos es aquella que se concreta en un acuerdo de voluntades que da lugar a un convenio o contrato.<sup>30</sup>

Así, entendemos que la cooperación implica un determinado régimen competencial, que se caracteriza por el coejercicio de las competencias el cual puede llegar a tener un carácter mancomunado, de modo que una determinada actuación pública solo puede ser realizada de forma conjunta entre ambas instancias de gobierno.

De este modo, la cooperación genera una actividad que está dirigida a producir, y de suyo produce, efectos en la esfera jurídica de otro u otros sujetos. Lo característico de ella es, pues, la disposición o atribución de uno o varios sujetos a favor de otro u otros. Como señala Parejo, «la reciprocidad es, pues, nota definitoria de la cooperación».<sup>31</sup> Se presenta una interdependencia competencial que hace que dichas instancias intervengan en un único proceso decisorio, de allí que estos instrumentos también tengan un carácter codecisorio.

En suma, al plantearse cómo debe abordarse dichas acciones de cooperación, resulta pertinente considerar lo señalado por el profesor Martínez López-Muñiz:

Solo se puede cooperar y solo tiene sentido la cooperación si previamente hay unos sujetos con cometidos bien predeterminados que podrán plantearse y llevar a cabo ese operar juntos de una u otra manera en que toda *cooperación* consiste, a partir precisamente de sus propias competencias y teniendo en cuenta las de los otros.<sup>32</sup>

Podemos concluir, en relación con la diferenciación entre ambas figuras, que la coordinación permite ejercer un rol rector, que implica imponer unilateralmente unos criterios o directrices comunes, que hagan posible la integración de las partes en un sistema unitario. En tanto que la cooperación afecta el modo en que los distintos niveles de gobierno o entidades intervinientes ejercen sus competencias, generalmente dichas relaciones tiene carácter voluntario, lo cual implica que las partes decidan hasta qué punto vinculan dicho ejercicio.

Si apreciamos las características y diferencias entre ambas figuras, es posible señalar que, sin perjuicio de la necesaria coordinación que siempre debe estar presente

---

genérico, que es el principio informador de las relaciones interadministrativas, resulta imposible lógico-jurídicamente que las manifestaciones concretas de ese deber dependan del arbitrio o de la voluntad de las partes, pues ello equivaldría a negar la existencia de ese deber genérico. *Vid.* Menéndez Rexach, Ángel. «La cooperación, ¿un concepto jurídico?» en *Documentación Administrativa*. Número 240, octubre-diciembre 1994, p. 40.

<sup>30</sup> Parada Vásquez, Ramón, *Ob. cit.* p. 74.

<sup>31</sup> Parejo Alfonso, Luciano. «Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas» en *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, p. 182.

<sup>32</sup> Martínez López-Muñiz, José Luis. «Cooperación y subsidiariedad intermunicipal» en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 302, septiembre-diciembre 2006, p. 63.

entre los diferentes niveles de gobierno, la cooperación favorece en mayor medida a la descentralización porque además fortalece la autonomía de las regiones y de los municipios, manteniendo sus responsabilidades sobre asuntos que, de otro modo, se verían privados de ejercer o ejercerían ineficientemente. Ello debe ser concordado siempre con el carácter unitario del Estado peruano y no implica de ningún modo fomentar la autarquía y exceso en el ejercicio de las competencias atribuidas a dichos niveles de gobierno.

En el Perú, el marco normativo emplea indistintamente las expresiones de coordinación, cooperación y colaboración para aludir a cierto tipo de relaciones de carácter competencial entre los diferentes niveles de gobierno. Esta indefinición, se refleja a su vez en la puesta en práctica de los instrumentos que canalizan las relaciones gubernamentales de cooperación y coordinación.

Si atendemos a lo previsto en el citado artículo 123 LOM, las relaciones de los gobiernos locales con otros niveles de gobierno estarían restringidas a aquellas de coordinación de las acciones de competencia de cada uno. De este modo, asumiendo lo planteado en dicho artículo, el legislador habría optado por limitar tales relaciones a los supuestos de coordinación, en el sentido que hemos expuesto.

Siguiendo la misma lógica, entenderíamos entonces que no cabe un coejercicio de las competencias entre una municipalidad y un gobierno regional o entre dicho gobierno local y una entidad del gobierno nacional; o en último caso una posible relación entre los tres niveles de gobierno. Las relaciones planteadas por la LOM se circunscribirían a que una de dichas instancias coordine, ejerciendo cierto poder de dirección, en aras de una mayor coherencia y unidad de actuación de las competencias de cada uno.

Sin embargo, acudiendo a lo señalado en el ya mencionado artículo 49 LBD, así como en el numeral VII del título preliminar de la misma LOM, observamos que las restricciones que plantea dicho artículo 123 LOM resultan incompatibles con una interpretación sistemática de la regulación de las relaciones de los gobiernos locales con los entes del nivel regional y nacional, que no pueden quedar limitadas al ámbito de la coordinación sino que comprenden también la cooperación.

No se presenta dicha inconsistencia en el caso de las relaciones entre municipalidades, previstas en el artículo 124 LOM, las cuales pueden ser tanto de coordinación, de cooperación o de asociación para la ejecución de obras o prestación de servicios. Es aquí donde se expresa en toda su amplitud el deber general de colaboración en el ámbito local. Dicha configuración permite entender entonces que los gobiernos locales determinen en función del contexto, necesidades institucionales y complejidad de los asuntos a atender, qué tipos de relaciones utilizarán. Lo cual también tiene incidencia directa en los instrumentos a través de los cuales estas se harán efectivas.

Este sistema de relaciones, en este caso enfocado en el ámbito local, requiere una serie de *presupuestos aplicables* al esquema de relaciones a que la colaboración da lugar, y

que ella sostiene, puede sustentarse, de acuerdo con Parejo sobre los tres presupuestos<sup>33</sup> siguientes: el primero que es *el respeto a los ámbitos competenciales respectivos*, de modo tal que la autonomía no se diluye ni desnaturaliza por efecto de la necesaria integración del gobierno y la administración de cada instancia territorial en la dinámica del poder público administrativo; el segundo, *el de la solidaridad* (también entendida como *lealtad institucional*), que está implícito en la construcción de un sistema de relaciones sobre deberes de interacción positiva, entendida como colaboración, y desde el respeto a los ámbitos competenciales respectivos; y el tercero, *el de la transparencia informativa*. De este modo dichas relaciones descansan sobre la fluidez y plenitud del flujo de la información necesaria y pertinente entre las entidades concernidas por un mismo asunto.

En el contexto de los servicios municipales, hay que tener en cuenta que son muchos los sujetos que pueden intervenir en esa actividad, aunque la función que desempeñen será diversa en atención al tipo de servicio y el ámbito de la administración pública en el que se encuentran.

A modo de conclusión, y basándonos en lo señalado por Cámara,<sup>34</sup> la aplicación del deber general de colaboración «constituye una exigencia y un elemento central para el buen y eficaz funcionamiento» de Estados de carácter descentralizado, más aún cuando en nuestro caso estamos en proceso de consolidar dicho tipo de Estado; dicha exigencia también está presente por el señalado entrecruzamiento de las competencias asumidas por los distintos niveles de gobierno, que puede llevar en su aspecto negativo a la superposición de funciones, pero encauzado adecuadamente a través de la utilización de los mecanismos de coordinación y cooperación en los sectores comunes de actuación, permitirá mejorar el ejercicio de las respectivas competencias e inclusive unir esfuerzos para cumplir de manera conjunta las tareas encargadas de manera compartida, generando las soluciones más eficaces posibles a la problemática que afrontan.

### III. INSTRUMENTOS E INSTANCIAS DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

Ante la situación expuesta, resulta necesario revisar qué instancias e instrumentos de coordinación y cooperación, sustentadas ambas en el deber general de colaboración, aplicables a una realidad concreta y particular como la peruana, pueden contribuir a que los Gobiernos Locales cuenten con unas relaciones intergubernamentales más fluidas y eficientes. En ese sentido, considero que una opción sería identificar aquellas instancias e instrumentos ya presentes en nuestro ordenamiento, cuya adecuada configuración, puede dar buenos resultados en relación a dichos objetivos.

Si bien las relaciones de cooperación y coordinación, constituyen un fenómeno generalizado en la práctica gubernamental, muchas veces no cuentan con un marco normativo adecuado afectando la aplicación efectiva de estas vías de articulación competencial.

<sup>33</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Ob. cit.* p. 174.

<sup>34</sup> Cámara Villar, Gregorio, «El principio y las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas» en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Número 1, enero-junio 2004. p. 212.

Efectivamente, tal como señalábamos precedentemente, el marco legal vigente contempla tales relaciones entre los distintos niveles de gobierno, ello permite señalar que el siguiente paso es implementar adecuadamente los instrumentos y órganos que hagan efectivos dichos vínculos a efectos de un ejercicio integrado y eficiente de las competencias atribuidas, ya sea con carácter exclusivo, y especialmente en aquellas con carácter compartido.

La regulación o institucionalización tiene distintas posibilidades, generalmente a través del marco normativo correspondiente, en cuyo caso también puede preverse su regulación en una normativa sectorial en concreto. En lo que respecta a instrumentos consolidados, como vienen a ser los convenios, en varios casos estos se constituyen a partir de acuerdos generados en los mismos órganos o instancias de coordinación y cooperación, como precisamos a continuación.

En nuestro ordenamiento, las relaciones intergubernamentales se institucionalizan y formalizan en normas jurídicas que contemplan organismos de encuentro y diálogo intergubernamental, así como técnicas e instrumentos que hacen efectiva la coordinación o cooperación.

Constituyen una instancia de coordinación, en el marco de las transferencias de competencias a los gobiernos regionales y locales que ha fomentado el proceso de descentralización, las Comisiones Intergubernamentales (previstas en el Decreto Supremo 047-2009-PCM que aprueba el Plan Anual de Transferencias Sectoriales 2009) que se constituyen por los Ministerios, y son integradas por los representantes del Ministerio que la conforma, uno de los cuales la presidirá, y por los representantes de los gobiernos regionales y locales, según corresponda, o en su defecto, por representantes de instancias representativas de gobiernos regionales o locales, así como entidades y órganos de la Administración Pública.

El funcionamiento de estas Comisiones Intergubernamentales debía establecer la situación del ejercicio compartido (funciones transferidas), esquema de gestión descentralizada, identificación de servicios públicos y costos asociados a ellos; todo ello sobre la base del seguimiento de los convenios de gestión. Asimismo, pueden constituir grupos de trabajo temáticos, territoriales u otros, según lo consideren conveniente.

Se establece como obligación de los ministerios, los gobiernos regionales y locales, el velar porque los acuerdos de las Comisiones Intergubernamentales en las que participen sean aplicados por sus representantes en las comisiones sectoriales, regionales y locales de transferencia.

En dicho contexto de transferencia, se prevé instrumentos como el Convenio de Gestión que viene a ser el acuerdo que suscriben las entidades del Gobierno Nacional, en este caso los Ministerios, con los Gobiernos Regionales y Locales, a efectos de acompañar técnicamente a dichos gobiernos, en el ejercicio de las funciones transferidas, y en los cuales se definen los objetivos, metas específicas susceptibles de ser medidas a través de

los indicadores de monitoreo y evaluación que correspondan, con el objeto de garantizar una gestión por resultados, eficiente y eficaz, de las funciones sectoriales transferidas.<sup>35</sup>

En tanto que, a través de los Convenios de Delegación, se contempla que las competencias y funciones por transferir a cargo de los Ministerios podrán ser objeto de delegación a los Gobiernos regionales y locales, a efectos de evaluar la experiencia en el ejercicio de estas funciones de manera previa a la transferencia definitiva.

Además de las referidas Comisiones Intergubernamentales, encontramos otras instancias existentes para el desarrollo de las relaciones intergubernamentales estructuradas a través de una serie de órganos de coordinación, cooperación y consulta, de composición bilateral o multilateral, y de ámbito general o sectorial, en aquellas materias en que exista interrelación competencial.

A nivel de integración territorial y proyectos tenemos como instancias de coordinación a las Juntas de Coordinación Interregional (artículo 91 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales), que agrupaban en principio solo gobiernos regionales, y cuentan ahora con la participación de gobiernos locales del ámbito provincial. Dichas Juntas constituyen espacios de coordinación de proyectos, planes y acciones conjuntas, las cuales se materializan a través instrumentos específicos como vienen a ser los convenios de cooperación, procurando la consolidación de corredores económicos y ejes de integración y desarrollo.

Un tema aparte comprende a los denominados Comités de Coordinación Interregional (artículo 70 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales) que está referido especialmente a la relación entre el Gobierno Regional del Callao, y la Municipalidad de Lima Metropolitana. Dicho Comité es considerado como un órgano intergubernamental de carácter regional para la coordinación y planificación de los servicios públicos e inversiones interregionales. Puede surgir a iniciativa de cualquiera de dichas entidades, quienes cuentan con representantes dentro de este.

Otra instancia de coordinación, reconocida en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, es el Consejo de Coordinación Intergubernamental (artículo 19, numeral 13), presidido y convocado por el presidente del Consejo de Ministros, con la participación de los presidentes regionales y una representación de alcaldes, con la finalidad de fortalecer el proceso de descentralización y darle seguimiento en tanto Política de Estado. Sus acuerdos requieren consenso.

El funcionamiento de dicho Consejo ha sido regulado por el Reglamento aprobado por Decreto Supremo 079-2009-PCM y destaca entre sus actividades (artículo 4) la de coadyuvar a la coordinación y articulación de políticas nacionales, sectoriales, regionales

---

<sup>35</sup> Dicho Convenio, suscrito conforme a lo dispuesto por la Directiva 003-2008-PCM/SD, no tiene el propósito de fiscalizar las acciones de los Gobiernos Regionales, en tanto que su finalidad está orientada a definir los términos para el acompañamiento y ejercicio de las competencias y funciones transferidas de los Sectores del Gobierno Nacional a los Gobiernos Regionales y Locales. (numeral 2.5 del Anexo del Decreto Supremo 047-2009).

y locales, pudiendo para tal efecto promover acciones conjuntas entre los niveles de gobierno o formular recomendaciones con dicho propósito; así como la de proponer, participar y realizar acciones que favorezcan las relaciones de cooperación y asociación de los gobiernos regionales entre sí.

La organización de dicho Consejo comprende a la asamblea y un comité coordinador, y cuenta con una secretaría técnica. Es importante destacar la naturaleza de sus acuerdos que, conforme el artículo 13 del citado Reglamento, constituyen recomendaciones en materia de su competencia, que se aprueban por consenso entre las representaciones de los tres niveles de gobierno. En atención a ello, las entidades de los tres niveles, deberán adoptar las acciones necesarias para acoger dichas recomendaciones.

Junto con dicha instancia, la misma Ley Orgánica del Poder Ejecutivo prevé de manera genérica una serie de mecanismos de coordinación para las políticas nacionales y sectoriales.<sup>36</sup> Dichos mecanismos son establecidos por el Poder Ejecutivo según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política. Es una habilitación que permite al Poder Ejecutivo adecuarse a los casos concretos en que se presente la necesidad de implementar y adoptar instrumentos de coordinación en ejercicio de su rol rector en el marco de las políticas nacionales y sectoriales.

Este tipo de instancias tienen en común su carácter consultivo y deliberante, así como su funcionalidad para fines de la planificación. En estas se ejerce una coordinación directiva de intensidad variable.

Es necesario destacar una instancia de coordinación contemplada tanto para el ámbito regional como local. A nivel regional dicha instancia es denominada Consejo de Coordinación Regional, el cual es un órgano consultivo y de coordinación del gobierno regional con las municipalidades (artículo 11 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales). Dicho órgano está integrado por los alcaldes provinciales y por los representantes de la sociedad civil.

En cuanto a la conformación de dicho órgano, la misma Ley Orgánica de Gobiernos Regionales ha previsto que dicho Consejo de Coordinación Regional invite a los alcaldes distritales. Se reúne ordinariamente dos veces al año y en forma extraordinaria cuando lo convoque el presidente regional. Puede ser convocado para opinar sobre cualquier asunto o consulta que requiera el gobierno regional. Siendo su naturaleza la concertación y la

---

<sup>36</sup> «Artículo 4.- Competencias exclusivas del Poder Ejecutivo

<sup>37</sup> Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas:

<sup>1</sup> Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.

<sup>1.-</sup> Las políticas nacionales y sectoriales consideran los intereses generales del Estado y la diversidad de las realidades regionales y locales, concordando con el carácter unitario y descentralizado del gobierno de la República. Para su formulación el Poder Ejecutivo establece mecanismos de coordinación con los gobiernos regionales, gobiernos locales y otras entidades, según requiera o corresponda a la naturaleza de cada política».



consulta, sus acuerdos se toman por consenso. La gerencia de planeamiento del gobierno regional actúa como secretaria técnica, y debe oportunamente presentar los documentos para su análisis.

La Ley ha establecido una lista de funciones que asume dicho consejo, sin que ello implique dejar de realizar otras que le encargue o solicite el consejo regional. Destaca en su regulación, la concertación que promueve respecto al plan anual y el presupuesto participativo anual y plan de desarrollo regional concertado; así como sobre la visión general y los lineamientos estratégicos de los programas componentes del plan de desarrollo regional concertado: opiniones que si bien tienen únicamente carácter consultivo, muestran un interés real de tratar de discutir y de ser posible llegar a un consenso respecto a aspectos concretos y que tienen incidencia directa en la planificación y ejecución de las políticas con impacto regional.

Sin dejar de reconocer dicho afán de diálogo y reconocimiento hacia las instancias provinciales, distritales y de la misma sociedad civil, cabe expresar ciertas dudas, más allá de su denominación, respecto al carácter de instancia de coordinación de dicho consejo.

En la práctica podemos considerar dicho órgano como un medio para hacer efectiva la discusión y recoger aportes, a modo de las audiencias para fines del presupuesto participativo, respecto a la implementación de los planes y el presupuesto de nivel regional. De la configuración de su composición y, sobre todo, funciones, no es posible apreciar la presencia de un rol rector siempre implícito en la coordinación, así como la fijación unilateral de unos criterios o directrices comunes, que permitieran un ejercicio coherente e integrado de las competencias correspondientes a los niveles de gobierno participantes en dicho órgano.

Así como a nivel regional se cuenta con el citado consejo de coordinación, también a nivel de gobiernos locales, tanto provinciales como distritales, encontramos una figura similar.

Es así que en el artículo 98 de la Ley Orgánica de Municipalidades se define al consejo de coordinación local provincial como un órgano de coordinación y concertación de las municipalidades provinciales. Está integrado por el alcalde provincial que lo preside, quien puede delegar tal función en el teniente alcalde y los regidores provinciales; asimismo, lo integran los alcaldes distritales de la respectiva jurisdicción provincial y por los representantes de las organizaciones sociales de base, comunidades campesinas y nativas, asociaciones, organizaciones de productores, gremios empresariales, profesionales, universidades, juntas vecinales y cualquier otra forma de organización de nivel provincial.

De manera similar a como reseñábamos cuando se trataba del consejo de coordinación regional, en la misma Ley Orgánica de Municipalidades se ha previsto un régimen de sesiones ordinarias, con posibilidad de realizar sesiones extraordinarias de ser el caso. De igual modo, tiene por objeto la integración de los planes distritales, coordinando, concertando y proponiendo el plan de desarrollo municipal provincial concertado y el presupuesto participativo provincial (artículo 99 de la Ley Orgánica de Municipalidades).

En tanto que sus funciones también están consideradas en la Ley Orgánica de Municipalidades,<sup>37</sup> su configuración permite observar que los alcances de sus acuerdos y propuestas pueden generar como efectos la implementación de acciones de carácter conjunto que tienen incidencia económica y vocación de permanencia a nivel de obras de infraestructura y de servicios públicos locales, así como en el estímulo a la inversión privada en apoyo del desarrollo económico local sostenible. En lo que respecta a su funcionamiento, este se rige por un reglamento aprobado por ordenanza provincial, a propuesta del mismo concejo.

Dicha configuración, régimen de sesiones y funciones se reiteran en su mayor parte en lo que respecta al consejo de coordinación local distrital. Dicho consejo es un órgano de coordinación y concertación de las municipalidades distritales. Está integrado por el alcalde distrital, que lo preside, pudiendo delegar tal función en el teniente alcalde, y los regidores distritales; por los alcaldes de centros poblados de la respectiva jurisdicción distrital y por los representantes de las organizaciones sociales de base, comunidades campesinas y nativas, asociaciones, organizaciones de productores, gremios empresariales, juntas vecinales y cualquier otra forma de organización de nivel distrital.

Con relación a la composición del consejo, es pertinente indicar que la proporción de los representantes de la sociedad civil será del 40 por ciento del número que resulte de la sumatoria del total de miembros del respectivo concejo municipal distrital y la totalidad de los alcaldes de centros poblados de la jurisdicción distrital que corresponda. En el caso de jurisdicciones municipales que no cuenten con municipalidades de centros poblados o su número sea inferior al 40 por ciento del número legal de miembros del respectivo concejo municipal distrital, la representación de la sociedad civil será del 40 por ciento sobre dicho número legal.

Tal como indicábamos para el caso de los consejos de coordinación local provincial, se han considerado una serie de funciones<sup>38</sup> referentes a la elaboración de proyectos de

<sup>37</sup> «Artículo 100.- Funciones

Corresponde al Consejo de Coordinación Local Provincial:

<sup>1</sup> Coordinar y concertar el Plan de Desarrollo Municipal Provincial Concertado y el Presupuesto Participativo Provincial.

<sup>2</sup> Proponer las prioridades en las inversiones de infraestructura de envergadura regional.

<sup>3</sup> Proponer proyectos de cofinanciación de obras de infraestructura y de servicios públicos locales.

<sup>4</sup> Promover la formación de Fondos de Inversión como estímulo a la inversión privada en apoyo del desarrollo económico local sostenible.

<sup>5</sup> Otras que le encargue o solicite el Concejo Municipal Provincial.

<sup>¶</sup> Consejo de Coordinación local Provincial no ejerce funciones ni actos de gobierno».

<sup>38</sup> «Artículo 104.- Funciones

Corresponde al Consejo de Coordinación Local Distrital:

1. Coordinar y concertar el Plan de Desarrollo Municipal Distrital Concertado y el Presupuesto Participativo Distrital.

2. Proponer la elaboración de proyectos de inversión y de servicios públicos locales.

3. Proponer convenios de cooperación distrital para la prestación de servicios públicos.

4. Promover la formación de Fondos de Inversión como estímulo a la inversión privada en apoyo del desarrollo económico local sostenible.

5. Otras que le encargue o solicite el Concejo Municipal Distrital.

inversión y de servicios públicos locales, así como la formación de fondos de inversión como estímulo a la inversión privada en apoyo del desarrollo económico local sostenible. Interesa destacar, en atención a la materia del presente trabajo, que de los acuerdos y eventual consenso generado por dicho consejo pueden resultar convenios de cooperación distrital para la prestación de servicios públicos.

A propósito de estas técnicas orgánicas de coordinación, cabe puntualizar que si bien la municipalidad ejerce las competencias propias con autonomía, es decir, sin sujeción a controles o tutelas y bajo su propia responsabilidad, es pertinente atender siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con los demás niveles de gobierno. Como acertadamente puntualiza Martín Tirado, la recurrencia en el uso de estas técnicas orgánicas «se relaciona con la idea de la participación conjunta o la concertación de la actuación de las distintas unidades orgánicas de la administración pública en los procesos de gestión de los asuntos públicos».<sup>39</sup>

Ello nos lleva a enfocarnos a continuación en las relaciones de cooperación que resultan identificables tanto en lo que respecta a las que establecen los gobiernos locales con otros entes del nivel nacional o regional, así como, entre los mismos gobiernos locales. Debemos tener claro desde un primer momento que no sería adecuado plantear las relaciones cooperativas, como un supuesto de aumento o disminución de competencias, pues lo que predomina en ellas es un carácter cualitativo, que está referido a la forma en *cómo* se ejercen dichas competencias por parte de las distintas instancias de gobierno.<sup>40</sup>

Considero importante destacar que el acudir a la cooperación implica un ejercicio conjunto de competencias que corresponden a los distintos niveles de gobierno, las cuales recaen en un mismo ámbito de materia. En función de ello se plantean diferentes formas de relación entre dichos niveles, que partiendo del supuesto del respeto a las autonomías competenciales de cada uno, permiten a través de procedimientos concordados, flexibles y adecuados, acuerdos de carácter recíproco.

En tal sentido, se trata de crear un marco de corresponsabilidad en donde todos los niveles de gobierno asuman su papel para alcanzar un modelo coherente de nuestro Estado descentralizado. A través de ello, debe buscarse alcanzar una descentralización más eficaz con rasgos cooperativos y capaz de responder a las crecientes demandas de la ciudadanía.

En relación con la autonomía municipal y la incidencia que en esta tiene la puesta en práctica de la cooperación, cabe señalar, siguiendo a Parada, que dicha autonomía no se pierde por cooperar con administraciones superiores en instrumentos de cooperación

---

El Consejo de Coordinación Local Distrital no ejerce funciones ni actos de gobierno».

<sup>39</sup> Martín Tirado, Richard. *Ob. cit.* p. 320. En ese sentido, la coordinación resulta en una necesidad derivada de la propia estructura del Estado que aun siendo descentralizada, constituye una unidad, correspondiendo por tanto a este la labor de coordinación. *Vid.* Rodríguez Arana, Jaime. *Ob. cit.* p. 150

<sup>40</sup> Tajadura Tejada, Javier. *El principio de cooperación en el Estado autonómico. El Estado autonómico como Estado federal cooperativo*, Tercera edición, Editorial Comares, Granada, 2010. p. 48.

bilateral, convenios, o con la participación del municipio en órganos de cooperación, supuestos en que el municipio mantiene sus poderes decisorios.<sup>41</sup>

Consecuentemente, es prioritario incidir en aquellos instrumentos de cooperación que «tengan como finalidad la toma de decisiones conjuntas que permitan en aquellos asuntos que afecten a competencias compartidas o exijan articular una actividad común entre ambas Administraciones, una actividad más eficaz de los mismos».<sup>42</sup>

A raíz de la recurrencia a las acciones de cooperación, es posible lograr beneficios recíprocos, una mayor efectividad en el ejercicio de las competencias compartidas o el funcionamiento armónico de un sistema en su aspecto más dinámico que no sería eficaz sin tener presente el principio de cooperación.<sup>43</sup> Partiendo de estas premisas, considero conveniente referirme al instrumento más usual de cooperación entre los Gobiernos Locales y de estos gobiernos con otras instancias gubernamentales, e incluso privadas, como vienen a ser los convenios de cooperación. La LOM en el artículo 9 inc. 26 señala: «Corresponde al Concejo Municipal aprobar la celebración de convenios de cooperación nacional e internacional y convenios interinstitucionales», precisando más adelante en el artículo 20, inc. 31 que «corresponde al alcalde suscribir convenios con otras municipalidades para la ejecución de obras y prestación de servicios comunes».

Con relación a los convenios cabe decir que la utilización, y recurrencia en la misma, de dichos instrumentos, radica fundamentalmente, tal como señala Ridaura «a su mayor flexibilidad para la adopción de decisiones de mutuo acuerdo, frente a la rigidez de otras vías».<sup>44</sup>

Un aspecto a tener en cuenta es que la mayoría de estas convenciones son de contenido análogo, sino igual, para cada caso; por tanto, un incremento cuantitativo de los convenios no corresponde necesariamente a un aumento en las materias contenidas.

En relación con la aplicación práctica de los Convenios en los territorios vinculados, Muñoz Machado señala que algunos tienen un efecto autoejecutorio, «en el sentido de no precisar medidas complementarias de aplicación por parte de quienes suscribieron el pacto, mientras que otros solo contienen directrices o principios que requieren luego ser concretizados por las entidades participantes».<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Parada Vásquez, Ramón. *Ob. cit.* p. 204.

<sup>42</sup> Ridaura Martínez, María Josefa. *Relaciones intergubernamentales: Estado-Comunidades Autónomas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. p. 80.

<sup>43</sup> Rodríguez Arana, Jaime. *Ob. cit.* p. 149.

<sup>44</sup> Ridaura Martínez, María Josefa. *Ob. cit.* p. 127. Por ello, Fernández Allés señala que el convenio «garantiza la voluntad de cumplimiento de la actividad delegada, refuerza los contenidos cooperativos y participativos y se adapta a las necesidades del servicio público». Vid. Fernández Allés, Juan José, «Las relaciones intergubernamentales en el sistema de producción normativa», en *Gobierno y Constitución*, Coordinador Pablo Lucas Murillo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 434.

<sup>45</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Ob. cit.* p. 285.

Cabe destacar asimismo el carácter contractual de los Convenios, mediante los cuales las partes asumen determinados compromisos.<sup>46</sup> En ese sentido, para Tajadura se entiende por convenio «un contrato [...] por medio del cual [...] (se) adoptan una serie de compromisos con respecto al ejercicio de sus competencias respectivas, y dentro de su capacidad para vincular contractualmente sus actuaciones».<sup>47</sup>

Al respecto, de acuerdo con Aja, la importancia de la técnica convencional bilateral aumenta, por los aspectos de financiamiento conjunto que normalmente lleva aparejada, y por su idoneidad a la hora de incorporar otros municipios e instituciones a objetivos de interés común.<sup>48</sup>

Asimismo, autores como Martínez y López-Muñiz, destacan la cooperación de las entidades públicas superiores para con las inferiores como una exigencia del principio de subsidiariedad, pero también resalta que «las inferiores tienen un deber de cooperar con las superiores, aunque sea en un sentido y con un alcance distinto, en último término en razón del servicio que todas deben a los mismos ciudadanos, que debe ser rendido con las mayores eficacia y sinergia posibles».<sup>49</sup>

Generalmente estos convenios se formalizan a través de instrumentos que consideran un determinado contenido mínimo, el cual comprende el señalamiento de los órganos que celebran el convenio, la competencia que ejerce cada administración, los mecanismos de su financiación; asimismo, se precisan las actuaciones que se acuerde desarrollar para el cumplimiento del objeto del convenio. Es también usual establecer el plazo de vigencia, lo que no impedirá su prorrogación si así lo acuerdan las partes firmantes del convenio.

En dicho contenido usual de los convenios debe destacarse la importancia de fijar con claridad los objetivos de interés común a cumplir y en el mismo sentido definir las actuaciones a desarrollar por cada entidad local, regional o nacional. De acuerdo con la vigencia que se estima del convenio, y en aras de la eficiencia y oportunidad en el cumplimiento de sus objetivos corresponderá contar con mecanismos de seguimiento, evaluación y eventual modificación de sus condiciones iniciales.

---

<sup>46</sup> Es pertinente en este punto recoger la posición de Martín Huerta para quien «el convenio no es sino una alternativa al ejercicio unilateral de la competencia consecuencia de la existencia de una pluralidad de Administraciones y entes públicos y de la concurrencia competencial entre ellos. Cuando la utilización del convenio sea adecuada a la satisfacción de los intereses públicos, y se realice sin contravenir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y dentro de los márgenes de discrecionalidad que a la Administración se le reconocen, el recurso al convenio será adecuado». Vid. Martín Huerta, Pablo, *Ob. cit.*, p. 61.

<sup>47</sup> Tajadura Tejada, Javier, *Ob. cit.* p. 125.

<sup>48</sup> Aja, Eliseo, *Ob. cit.* p. 514. Siguiendo, una división planteada por cierto sector de la doctrina, el uso de los convenios, podría considerarse como parte de las técnicas funcionales de cooperación, o también denominadas técnicas de carácter procedimental, que nos remiten al ejercicio de funciones administrativas, toda vez que existe una entidad que solicita colaboración de otra para que esta, en el ejercicio de sus funciones o actividades ordinarias, le brinde el soporte y apoyo necesario para el cumplimiento de las suyas. Vid. Martín Tirado, Richard, *Ob. cit.*, pp. 326-327.

<sup>49</sup> Martínez y López Muñiz, *Ob. cit.*, p. 72.

La técnica de los convenios genera fundamentalmente un compromiso entre las partes para llevar a cabo una acción conjunta. Su frecuente utilización como instrumento para establecer relaciones de tipo contractual también se explica por su flexibilidad para atender y gestionar materias específicas ante la existencia de objetivos comunes. Se destaca también una tendencia hacia el incremento en la celebración de convenios que tienen como objeto principal el establecimiento de un marco general de cooperación recíproca entre las entidades involucradas.

De acuerdo con ello, este instrumento de cooperación puede consistir en el pacto entre municipalidades o con otros entes públicos para el cumplimiento de determinados objetivos, sin que ello implique la creación de órganos comunes ni de nuevos entes locales. En función de las particularidades del objeto del convenio y las actuaciones requeridas para implementarlo, puede resultar necesario o no establecer una organización para su gestión.

En el caso de los convenios municipales que generan órganos comunes, estos imputan sus actos, obligaciones y responsabilidades simultáneamente a todos las entidades participantes en el convenio, salvo posterior distribución interna de responsabilidades entre ellos.

Por otro lado, además del cumplimiento del plazo, se puede considerar la extinción del convenio por otras causas, así como la forma de terminar las actuaciones en curso para dicho supuesto de extinción.

Efectivamente hacer uso efectivo de los convenios permite una activa interacción entre las entidades, sin embargo, tal como apunta Martin Tirado «el empleo de esta figura no puede ser lesivo a la igualdad existente entre las partes, puesto que la figura del convenio de colaboración puede considerarse como una suerte de acuerdo de trato preferente enmarcado en los alcances de los principios de lealtad institucional y de colaboración, pero no puede consagrar conductas o políticas discriminatorias».<sup>50</sup>

Conjuntamente con ello, se requiere tener en cuenta que en un sistema de distribución competencial entre diferentes niveles de gobierno, como el que tenemos en el ordenamiento peruano, encontramos que, junto al ámbito material que acota una competencia concreta, su capacidad está también limitada por la territorialidad del interés que pretende satisfacer. En consecuencia, la capacidad de cada ente para celebrar convenios, potestad específica dentro de su ámbito de capacidad, queda limitada al ámbito territorial de intereses cuya tutela tiene atribuida.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Martin Tirado, Richard. *Ob. cit.* p. 316. En cualquier caso, los módulos convencionales han existido siempre pero, como señaló el maestro Giannini, con la aparición del Estado pluriclase estos módulos han aumentado de tal forma, en cuanto a cantidad y calidad, que se puede hablar de una forma diferente de administrar. *Vid.* Giannini, Massimo Severo. *El poder público. Estados y Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1991, trad. Luis Ortega, p. 149.

<sup>51</sup> Martin Huerta, Pablo. *Ob. cit.*, p. 97.

Entre los principales tipos de convenios, cabe resaltar aquellos que buscan mejorar y fortalecer la prestación de servicios públicos, realización de obras de interés común o la mejora en general de la gestión gubernamental.

Si bien no existe una estadística detallada y actualizada al respecto, en la práctica cooperativa se aprecia que en algunas materias se presenta con mayor frecuencia la utilización de este tipo de convenios, así encontramos que en el ámbito de la seguridad ciudadana, salud, programas de apoyo al turismo o cuidado del medio ambiente se han venido dando una serie de convenios entre las municipalidades y de estas con instituciones tales como el Ministerio del Interior, Ministerio de Comercio Exterior, Policía Nacional, establecimientos de salud, o inclusive empresas privadas. En otros temas más específicos encontramos aquellos que contemplan el uso de plantas de tratamiento de residuos sólidos o el desarrollo de programas sectoriales y municipales de vivienda.

Podemos, de acuerdo a las consideraciones expuestas, determinar que el convenio no es un fin en sí mismo considerado, sino un instrumento para una finalidad, cual es el concreto ejercicio de una competencia que incorpora unos fines públicos precisos,<sup>52</sup> y para cuyo ejercicio puede ser necesaria la participación de otro ente.

Aunque la existencia de diferentes tipos de convenios, con objetos diversos, no permite establecer una caracterización única de estos instrumentos, estos deben celebrarse, y fundamentalmente, ejecutarse, con una común finalidad, que es la búsqueda de soluciones a los problemas reales de los ciudadanos, a través de una adecuada y eficiente articulación de las competencias, especialmente compartidas, de los diferentes niveles de gobierno.

#### **IV. EL RÉGIMEN DE LAS MANCOMUNIDADES**

La Ley Orgánica de Municipalidades señala en el artículo 124, que las relaciones que mantienen las municipalidades entre ellas, son de coordinación, de cooperación o de asociación para la ejecución de obras o prestación de servicios. Dicha disposición se complementa con lo planteado en el artículo 73 de la misma Ley, en el cual se enfatiza la necesidad de la coordinación entre municipalidades para el mejor cumplimiento de sus competencias, particularmente de las compartidas.

En ese sentido, ello resulta coherente con la Ley de Bases de la Descentralización, la cual, en el artículo 41, numeral 6, establece la posibilidad de que las municipalidades puedan ejercer funciones de manera mancomunada.

En función de dicho marco existente, es con la Ley 29029, Ley de la Mancomunidad Municipal, la cual entró en vigencia desde el 1 de septiembre de 2007, que finalmente se establece el marco jurídico para el desarrollo y promoción de las relaciones de asociatividad municipal a través de la mancomunidad municipal.

---

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 58.

Posteriormente, a través del Decreto Supremo 063-2007-PCM, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros, que en su artículo 38 señala que la Secretaría de Descentralización es el órgano encargado de dirigir y conducir el proceso de descentralización; en su artículo 39, numeral 39.13, le asigna la función de promover la integración regional y local y su fortalecimiento, aprobar normas en materia de descentralización y en el numeral 39.18, le asigna la función de administrar el registro de mancomunidades municipales.

Es así que, a través de Resolución Ministerial 016-2008-PCM, se abre el registro de mancomunidades municipales, a cargo de la Secretaría Nacional de Descentralización de la Presidencia del Consejo de Ministros, así como se aprueba el Reglamento del Registro de Mancomunidades Municipales. Posteriormente, a través de la Resolución de Secretaría de Descentralización 228-2010-PCM-SD, se ha emitido un nuevo Reglamento del Registro de Mancomunidades Municipales, que establecen el contenido mínimo del informe técnico de viabilidad para la constitución de la mancomunidad municipal y aprueban modelos de documentos para la inscripción de mancomunidades municipales.

Dicha mancomunidad es entonces manifestación de la asociatividad municipal reconocida en el artículo 124 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Para la creación de una mancomunidad municipal se requiere la aprobación previa de los respectivos concejos municipales, que se sustenta en informes técnicos que den viabilidad a su creación y en el acuerdo de concejo correspondiente.

Tienen personería jurídica propia otorgada en función de su inscripción en el Registro de Mancomunidades Municipales, es con dicha inscripción que estas mancomunidades pueden beneficiarse con los incentivos previstos en la Ley. Dicha personalidad jurídica implica una complejidad en su autoorganización a cargo de las entidades municipales, así como la especialidad de fines, pudiendo variar sus límites temporales en cuanto a su vigencia así como su territorialidad, pues puede comprender varias municipalidades.

La mancomunidad no compromete a las municipalidades que la conforman más allá de los límites establecidos en su estatuto. En ese sentido, los propios municipios son también fuente normativa de las mancomunidades pues, como mínimo, han de aprobar los Estatutos, que son de indudable naturaleza reglamentaria.<sup>53</sup>

En ese sentido, la Ley prevé (numeral 5.2 del artículo 5) que el estatuto de la Mancomunidad Municipal establezca su denominación, domicilio, ámbito territorial, objeto y funciones, órganos directivos, recursos, plazo de duración, reglas para la disposición de sus bienes en caso de disolución y otras condiciones necesarias para su funcionamiento.

Ahora bien, que las mancomunidades dispongan de libertad para elegir la forma de gestionar el servicio no significa que se hallen capacitadas para crear el servicio, por ser

---

<sup>53</sup> Quintana López, Tomás (1992, abril-junio). «Las organizaciones supramunicipales en España: las mancomunidades». En *Revista Española de Administración Local y Autonómica*. Número 254, p. 308.



esta una decisión que, en su caso, corresponde a los municipios. Estos entes locales complejos solo pueden prestar aquellos servicios que constituyan su objeto, de acuerdo con lo que dispongan los Estatutos de la mancomunidad aprobados por los municipios integrantes que, en consecuencia, serán los que decidan la creación del servicio.<sup>54</sup>

Es importante destacar que, sin perjuicio de ello, se considera que la mancomunidad constituye una entidad pública que se encuentra sujeta al Sistema Nacional de Presupuestos y los otros sistemas administrativos del Estado (numeral 5.5 del artículo 5), entre ellos el de control y contrataciones.

Asimismo, las municipalidades provinciales y distritales que conforman mancomunidades publican en su portal electrónico o en los medios que se hayan acordado los alcances de estas, su estatuto y los detalles de su ejecución. Los alcaldes que conforman mancomunidades rinden cuentas, anualmente, de los proyectos y recursos utilizados por la mancomunidad a la que pertenece la municipalidad que representan, y dan cuenta de estos al Consejo de Coordinación Local.

#### **a) Objeto de las mancomunidades y ejercicio de competencias municipales**

La vinculación que entre las municipalidades genera la mancomunidad tiene por objeto, conforme lo contempla el artículo 4 de la Ley, promocionar y ejecutar proyectos que por su monto de inversión y magnitud de operación superen el ámbito jurisdiccional y las posibilidades particulares de cada gobierno local. Asimismo, les permite ejecutar acciones, convenios y proyectos conjuntos, principalmente entre las municipalidades que compartan territorios en común, que involucren participación financiera, técnica y de equipo para realizar proyectos determinados.

De igual modo, pueden elaborar, gestionar, promover e implementar proyectos ante entidades nacionales e internacionales, públicas o privadas, que busquen y auspicien el desarrollo económico, productivo, social y cultural; pudiendo para ello gestionar recursos financieros, humanos y técnicos ante distintas fuentes.

Asimismo, cabe desarrollar e implementar planes y experiencias conjuntas de desarrollo de capacidades, asistencia técnica e investigación tecnológica en convenio con universidades, institutos superiores y otras entidades educativas públicas y privadas. De acuerdo con ello, y sin perjuicio de las actividades mencionadas, podemos determinar que, de manera principal, la Mancomunidad Municipal tiene por objeto la prestación conjunta de servicios y la ejecución de obras o proyectos de inversión pública, en el marco de las competencias y funciones previstas en la LOM, que le sean delegadas.

Respecto al objeto de dicha actuación en conjunto es importantes contar con unos fines claros que permitan a las distintas partes evaluar los proyectos y compararlos con situaciones en los que los problemas se hayan solucionado de forma individual. Ello también tiene incidencia en la planificación de las actividades de dicha mancomunidad.

---

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 312-313.

La mancomunidad, como agrupación voluntaria de municipios, es una figura de gran flexibilidad, al permitir a cada municipio valorar individualmente la conveniencia de asociarse con otros para una mejor prestación de determinados servicios o para la ejecución de determinadas obras, dando vida a una nueva persona jurídica de derecho público con un ámbito territorial de actuación que dependerá de los municipios mancomunados.

Con relación al ejercicio de competencias de las municipalidades asociadas, una visión restrictiva de la actuación de dichas mancomunidades implica que estas «no representan a ninguna comunidad diferenciada, no son órganos de gobierno de ninguna colectividad política ni jurídicamente reconocida como tal. Son, por el contrario, simples asociaciones entre distintas colectividades municipales, que conservan su específica sustantividad diferencial».<sup>55</sup>

En relación con ello cabe determinar si con la creación de una mancomunidad los municipios integrados pueden ceder sin límite sus competencias, e incluso declinar el ejercicio de la totalidad de las mismas. Debiendo tenerse en claro que la recepción por parte de las mancomunidades de un amplio conjunto de competencias municipales, si bien es posible, encuentra un tope infranqueable en el detrimento de la propia sustantividad municipal.<sup>56</sup>

Es necesario tener en cuenta que nuestro ordenamiento (art. 7 del Reglamento de la Ley 29029) prevé que las Mancomunidades Municipales puedan ejercer las competencias y funciones específicas, exclusivas y compartidas, señaladas en la LOM u otra norma legal, que le hayan sido delegadas por las municipalidades intervinientes. Como se señala en el artículo 76 de la LOM, las municipalidades pueden delegar, entre ellas o a otras entidades del Estado, las competencias y funciones específicas exclusivas establecidas en dicha Ley, en los casos en que se justifique la necesidad de brindar a los vecinos un servicio oportuno y eficiente, o por economías de escala. Se precisa en todo caso que la responsabilidad es indelegable.

En ese contexto las mancomunidades distritales podrán ejercer, por delegación, funciones exclusivas y compartidas que corresponden a municipalidades distritales; asimismo, las mancomunidades provinciales pueden ejercer, por delegación, funciones exclusivas y compartidas que corresponden a municipalidades provinciales y a municipalidades distritales.

Asimismo, resulta posible que las mancomunidades municipales asuman otras competencias y funciones que le sean delegadas por las entidades del gobierno nacional y los gobiernos regionales, mediante convenio debidamente aprobado por su respectivo consejo directivo, siempre que no se traten de competencias y funciones exclusivas de estos niveles de gobierno.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Cacharro Gosende, Francisco. «Sobre el pluralismo político en las mancomunidades de municipios» en *Cuadernos de Derecho Local*, Núm. 6, Octubre 2004, p. 156.

<sup>56</sup> Quintana López, Tomás. *Ob. cit.* p. 313.

<sup>57</sup> En relación a dicha posibilidad de transferir competencias, resulta pertinente referirnos al concepto

Dichas acciones de delegación requieren necesariamente considerar las reglas generales establecidas para ello en la Ley del Procedimiento Administrativo General (artículo 67), que exige la existencia de circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente. Se establecen límites claros respecto a la imposibilidad de delegar las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación.

La mancomunidad deberá precisar expresamente esta circunstancia en los actos administrativos emitidos por delegación, que son considerados emitidos por la entidad delegante.

De este modo, las mancomunidades no asumen la totalidad de las competencias municipales (porque ello vaciaría de contenido propio a las colectividades municipales asociadas), ello refuerza su carácter instrumental con respecto a los municipios.

En el Perú, la normativa sobre la materia contempla que la Mancomunidad Municipal tenga autonomía administrativa y en la disposición de sus recursos, en el marco de las competencias y funciones que le sean delegadas para la prestación de servicios y la ejecución de obras o proyectos de inversión pública (numeral 3.5 del Art. 3 del Reglamento de la Ley 29029). En tal sentido, y en el marco de dichos fines, podrán emitir actos administrativos y de administración, de conformidad a lo establecido en la LPAG.

Cabe agregar al respecto que las mancomunidades actúan en régimen de autonomía solo en la medida en que participan de la autonomía propia de los municipios que las integran, al ejercer las competencias que estos les delegan y por cuya cuenta, en última instancia, actúan, y todo ello en la medida en que los municipios se lo permitan.<sup>58</sup>

Conforme a lo señalado, resulta contrario a la concepción de esta figura y a la autonomía en el ejercicio de las competencias atribuidas a las municipalidades que las mancomunidades asuman la totalidad de las competencias de los municipios que forman parte de ellas, pues con ello, como señala Quintana, más que formar una mancomunidad materialmente se estaría produciendo una fusión atípica de municipios.<sup>59</sup>

---

de Competencias delegables que utiliza la LBD: «Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada. La entidad que delega mantiene la titularidad de la competencia, y la entidad que la recibe ejerce la misma durante el periodo de la delegación» (Numeral 13.3 del artículo 13 LBD). La misma Ley, en su artículo 52 prevé que el Poder Ejecutivo pueda delegar a los gobiernos regionales o locales, funciones de su competencia, en forma general o selectiva, mediante convenios suscritos por ambas partes, sujetos a las capacidades de gestión requeridas para ello, la coparticipación en el desarrollo de las mismas o la factibilidad de optimizar la prestación de servicios públicos a la ciudadanía.

<sup>58</sup> Cacharro Gosende, Francisco. *Ob. cit.* p. 155.

<sup>59</sup> Quintana López, Tomás. *Ob. cit.* p.314.

En función de ello, las mancomunidades reciben el encargo de prestar el servicio y tienen la posibilidad de determinar la forma de gestionar el servicio; pues la decisión acerca del tipo de gestión, es decir, sobre la organización del servicio, es de la responsabilidad del ente que ha de prestarlo. Sin embargo, cabe también decir que ello no implica que pueda decidir por la conclusión del servicio que se viene prestando a través de dicha mancomunidad, tal decisión corresponderá a las municipalidades intervinientes.

## b) Ventajas y obstáculos

A través de esta asociación intermunicipal se institucionaliza un acuerdo mediante el cual dos o más municipios buscan alcanzar fines comunes, proveer servicios o resolver problemas de manera conjunta. Se asemeja en ese sentido a un mecanismo voluntario de cooperación entre municipalidades para resolver insuficiencias y dificultades en la provisión de servicios públicos, pudiendo ser uno de los medios más adecuados para enfrentar la necesidad de racionalizar mejor sus recursos y reforzar la gestión de dichos servicios.

Es, asimismo, una alternativa a las formas tradicionales de financiamiento para la provisión de servicios públicos, ya que puede implicar importantes ahorros en costos, al actuar de manera conjunta en la provisión de servicios y bienes públicos. Sin embargo, no solo existen beneficios como los mencionados, sino que también hay barreras que pueden actuar en contra de favorecer las asociaciones, como la heterogeneidad de los municipios en términos económicos, sociales y de sus capacidades institucionales lo cual incide en una falta de competencia para tratar de resolver los problemas que los aquejan, sobre todo en aquellos servicios públicos que están obligados a prestar por Ley.<sup>60</sup>

Sin perjuicio de que dichas dificultades resultan innegables y constituyen una tarea pendiente, debemos resaltar la influencia que pueden tener las mancomunidades en la gestión eficiente de Servicios Públicos. La suma de recursos y capacidades de varias municipalidades permitirá incrementar su capacidad técnica y operativa, estableciendo una relación de beneficio para todas las municipalidades participantes, de manera que, en la medida de lo posible, cada municipio aporte algo que otro municipio requiere. Esta relación permite que se puedan identificar problemas comunes y encontrarles soluciones conjuntas.

Atendiendo a la necesidad de ejecutar proyectos de la manera más adecuada, se pueden formular proyectos de inversión pública que sean comunes a dos o más municipalidades a fin de promover el avance y desarrollo de las comunidades implicadas en ellos, ello también permite que la ejecución de proyectos de gran magnitud y consiguiente impacto se encuentre al alcance de los municipios más pequeños. Al mismo tiempo, la constitución de una mancomunidad le permitirá obtener mayor respaldo institucional para optar

---

<sup>60</sup> Rodríguez Oreggia, Eduardo y Tuirán Gutiérrez Rodolfo. «La cooperación intermunicipal en México. Barreras e incentivos en la probabilidad de cooperar» en *Gestión y Política Pública*, Vol. XV, núm. 2, 2006, p. 395. Disponible en [http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num\\_anteriores/Vol.XV\\_No.II\\_2dosem/Eduardo\\_Rodriguez.pdf](http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.XV_No.II_2dosem/Eduardo_Rodriguez.pdf).

a financiamiento y asumir la ejecución de los proyectos, con el consiguiente efecto positivo en la competitividad, al disminuir los costos.

Si bien resulta conveniente que las mancomunidades agrupen a municipios con territorios colindantes, es posible que municipalidades no colindantes integren una mancomunidad municipal, siempre que la continuidad territorial no constituya una condición necesaria para la prestación de servicios y la ejecución de obras o proyectos de inversión pública.

Un aspecto fundamental, es la oportunidad de ejecutar proyectos que antes no se podían ejecutar porque su ámbito supera la jurisdicción del municipio, o porque el monto de la inversión no podría ser cubierto por un solo municipio. La ejecución mancomunada de proyectos goza de incentivos establecidos en la Ley: prioridad en trámites mediante el Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP) y otras normas vigentes, prioridades para su capacitación y acreditación para la transferencia de programas sociales y funciones sectoriales, la facultad de comprometer varios de los fondos que disponen, entre otras.

Sin perjuicio de los posibles efectos positivos que su implementación puede generar, no podemos dejar de mencionar que si bien al principio hay un fuerte voluntarismo, básicamente de carácter político, encaminado a la creación de mancomunidades, su puesto en marcha no resulta fácil. Ello se debe a varios factores, que afectan dicho impulso inicial, tal vez el principal es que luego de creada no se tiene en claro para que proyectos y actividades en común se va a utilizar, a lo que se agrega que no se define con claridad los roles de cada una de las municipalidades, presentándose desacuerdos por su dirección entre los municipios asociados. En consecuencia, una buena parte de estas mancomunidades nunca llegan a funcionar de manera efectiva, o dejan de hacerlo en un momento determinado de su existencia.<sup>61</sup>

Muchas veces, la simple falta de confianza entre las partes actúa como obstáculo para la asociatividad. Surge en algunos casos la percepción de que un municipio estaría tomando ventaja de los esfuerzos asociativos. Asimismo, la falta de experiencia respecto al funcionamiento de estas instituciones y de conocimiento legal también desincentiva la cooperación intermunicipal, además de que muchas veces no resulta muy atractiva la idea de que un poder supramunicipal tenga injerencia en las decisiones municipales.<sup>62</sup>

Es necesario resaltar que así como estas mancomunidades constituyen una manifestación de la asociatividad municipal, también son a su vez sujetos activos de relaciones de coordinación, cooperación y colaboración, conforme al artículo 9 del Reglamento de la Ley

---

<sup>61</sup> En relación con la voluntariedad para conformar mancomunidades, o a su imposición forzosa por Ley, resulta relevante lo comentado por el profesor Parada en relación con la experiencia francesa que, a diferencia del caso español en el cual, a su criterio, la voluntariedad no ha dado los resultados esperados, la previsión normativa de la obligatoriedad de acudir a la asociatividad ha permitido una progresión importante de la intermunicipalidad *Vid.* Parada Vásquez, Ramón. *Ob. cit.*, p. 176.

<sup>62</sup> Rodríguez Oreggia, Eduardo y Tuirán Gutiérrez, Rodolfo. *Ob. cit.*, p. 397.

de la Mancomunidad Municipal. De este modo dichas relaciones que establezcan con otras mancomunidades, y con las entidades públicas que correspondan, se constituyen en mecanismos para el cumplimiento de los objetivos descritos en el artículo 4 de la Ley 29029.

Así, destaca principalmente la relación que pueden establecer con los Gobiernos Regionales, en calidad de aliados estratégicos para promover y orientar el desarrollo de las Mancomunidades Municipales, a través de la inclusión de sus objetivos estratégicos en los planes de desarrollo concertados, la promoción o búsqueda de financiamiento por parte de entidades nacionales y extranjeras, públicas o privadas, y otras acciones de apoyo, orientadas al desarrollo económico sostenible, distrital, provincial y regional.

De igual modo, dichas mancomunidades municipales, pueden suscribir convenios de coordinación, colaboración y cooperación, con entidades privadas y otras entidades públicas, a efecto de contribuir al cumplimiento de los fines y el desarrollo de su objeto.

Hay que destacar que también las universidades públicas pueden promover el desarrollo integral de las mancomunidades municipales ubicadas en el departamento en el cual operan, a través de acciones de capacitación y asistencia técnica, en la formulación y gestión de obras o proyectos de inversión pública, gestión administrativa, planeamiento del desarrollo, desarrollo productivo y en otras materias que estas requieran, a través de convenios de cooperación.

En ese sentido, las mancomunidades municipales pueden presentar a las universidades públicas, las necesidades de apoyo técnico que requieran, con el objeto de que su atención se incluya en los planes estratégicos institucionales y en los planes operativos institucionales de estas. Se precisa que en ninguno de los casos señalados, la mancomunidad municipal podrá suscribir convenios de administración de recursos, costos compartidos y similares.

De acuerdo con los elementos señalados, podemos plantear una definición de las mancomunidades, asumiéndolas como instrumentos de la asociatividad intermunicipal, dotados de personalidad jurídica, cuyo objeto es la gestión en común de asuntos correspondientes a distintas municipalidades, con la finalidad de mejorar la gestión de dichos asuntos, que siempre seguirán siendo de interés y de competencia municipal.

Para ello, estas mancomunidades tienen plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, en tanto que su representación corresponde a los organismos determinados por sus estatutos. Los órganos directivos de la mancomunidad deben representar a todas las municipalidades intervinientes.

Finalmente, es necesario reiterar la capacidad de este acuerdo entre dos o más gobiernos locales para alcanzar objetivos comunes y promover en forma conjunta el desarrollo local, aprovechando las potencialidades de las entidades participantes para proporcionar un mejor servicio o desarrollar obras de interés general, lo cual implica una intervención activa de dichos municipios para llevar a cabo dicho tarea o bien organizarla.



### III

## **LAS POTESTADES, ORDENAMIENTO Y ACTIVIDADES DIVERSAS DE LAS MUNICIPALIDADES**





# LA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA AUTORIDAD MUNICIPAL EN LA NO RECOLECCIÓN DE LA BASURA

Por *GERMÁN CISNEROS FARÍAS* \*

## SUMARIO

Introducción. 1. Concepto de basura municipal o de residuos sólidos. 2. El adecuado manejo de los residuos sólidos, basura, o la forma de prevenir la contaminación ambiental. 3. La protección de la salud como objetivo de la normativa en la materia. 4. Comentarios derivados de la normativa en la recolección de la basura. 5. Las concesiones municipales en la recolección de la basura. 6. La concesión como acto administrativo pleno en la recolección de la basura. 7. Las convocatorias para las concesiones en la recolección de la basura municipal. 8. Estudio de las posibles causales de imputación penal a la autoridad municipal. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

## INTRODUCCIÓN

Debemos preguntarnos, en primer término, si la posibilidad de establecer imputaciones penales para la autoridad municipal en la no recolección oportuna de la basura, es una circunstancia que pueda darse en los países latinoamericanos. Ciertamente, la aplicación del Derecho Penal para la valoración de los actos de la Administración y las conductas de sus agentes se ha convertido en un gran fenómeno jurídico a partir de las dos últimas décadas del siglo xx. Aunque el problema tiene muchos perfiles, el más espectacular de todos es el que la doctrina ha descrito como «la irrupción del juez penal en el paisaje administrativo», enjuiciando y, en su caso, condenando a los administradores públicos no solo por la comisión de delitos comunes —en lo que nunca aquellos han constituido una excepción— sino también como resultado de la valoración penal de las decisiones que adoptan ordinariamente en razón de sus cargos públicos, que habitualmente solo habían sido examinadas por el juez administrativo y a los efectos de decidir sobre la legalidad de los actos administrativos, no sobre la conducta del titular del órgano del que proceden.

El caso del alcalde de Bogotá, Colombia, por el mal manejo de las circunstancias legales en la recolección de la basura municipal, ha llegado hasta la cúspide jurisdiccional, en este caso el Consejo de Estado de Colombia, quien ha ratificado la procedencia de la sustitución del mencionado funcionario, por la causa arriba señalada, es ya un

---

\* Doctor en Derecho por la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias. Profesor-investigador de Derecho administrativo, en la UANL-MÉXICO..

ejemplo paradigmático que se debe tomar en cuenta en la implementación legislativa del tema que nos ocupa.

La sociedad moderna se mueve sobre la idea de, no tan solo declarar la ilegalidad de los actos administrativos y de sus agentes, sino de castigar a los culpables. Los medios de comunicación han influido en la mentalidad de los juzgadores para alimentar noticias espectaculares, motivándolos hacia un activismo judicial y mediático. Entonces, la pregunta si el tema de la no recolección oportuna de los residuos sólidos municipales, o de la llamada basura municipal, puede ya obtener el rango de imputación penal.

En el trabajo que a continuación desarrollaremos nos inclinamos, mediante los razonamientos y argumentos correspondientes, a que además de las sanciones administrativas, se pueda dar también la imputación penal, clara, evidente, concluyente, de que si la autoridad municipal omite el cumplimiento de dicha responsabilidad se le puedan señalar los cargos penales correspondientes.

A primera vista aparece esta tesis o idea, con características de radicalidad. No lo consideramos así; y para ello debemos dar, en el transcurso de esta investigación, los argumentos suficientes para solventar la afirmación que orienta este trabajo. La doctrina ha cuestionado tal inquietud considerando que la utilización por los tribunales administrativos del derecho penal para valorar los actos de la Administración Pública, estaría implicando la criminalización del Derecho administrativo y convirtiendo al juez administrativo en guardián de la legalidad penal.

Tal vez las tesis históricas orientadas en la pureza del Derecho administrativo pudieran considerarse inamovibles, pero en el transcurso de los tiempos actuales y en la perspectiva de un Derecho ecológico o de la llamada *regulación verde*, la sociedad moderna, y principalmente los países latinoamericanos deben moverse en tal dirección, ya que esa circunstancia de orientación penal en la no recolección de la basura en forma oportuna por las autoridades municipales, es un referente que se está dando en las llamadas *megalópolis*.

Debemos considerar que las pequeñas aldeas en cuyo contexto se definían las zonas urbanas han desaparecido. En la actualidad tenemos más de veinticinco megalópolis en este planeta, en que, diariamente, sus habitantes «dejan o producen» un promedio diario de más de cinco mil toneladas de residuos sólidos o basura que, por supuesto, además de contaminar el ambiente, constituyen serios peligros para la salud de todos sus habitantes. Ya no se trata de proteger tan solo el aire que respiramos, de los mantos acuíferos que nos proveen de agua, sino también de la posible transmisión de enfermedades, bacterias, parásitos. En este tema resulta apropiado recordar las ideas de Niklas Luhmann:<sup>1</sup>

Me molesta que nadie sea sensible a la posibilidad de la evolución de epidemias que se reproducen debido al desarrollo mismo de la medicina. No podemos descartar

---

<sup>1</sup> Luhmann, Niklas (2002). *Introducción a la teoría de sistemas*. México D. F.: Edición de la Universidad Iberoamericana, pp. 29 y 30.

que algún día aparezca un virus que la medicina no se encuentre en capacidad, por años, de establecer un diagnóstico. Un desarrollo tal es probable desde el punto de vista teórico y además posibilitado por el uso de los antibióticos mismos. Yo encuentro todo esto más probable que el que haya una gran explosión que sea a capaz de extinguir el género humano.

Estamos advertidos. Debemos tomar providencias oportunas para que no se dé una epidemia ocasionada por la presencia de un virus que haya encontrado en la basura municipal, su medio natural de desarrollo.

## **1. CONCEPTO DE BASURA MUNICIPAL O DE RESIDUOS SÓLIDOS**

De entrada podemos considerar que la basura municipal o los residuos sólidos no son peligrosos o que esta no es peligrosa, pues hay otros residuos sólidos que sí lo son, tal es el caso de los residuos de hospitales, laboratorios y centros de investigación. En este trabajo no hablaremos de estos últimos, pues ya hay disposiciones normativas aplicables para tales casos, en tanto para el tema de los residuos sólidos municipales o de la basura, aunque ciertamente en su primera fase no lo es o no lo son, en fases posteriores, principalmente por la omisión o negligencia de la autoridad municipal, puede ser o llegar a serlo.

Se define a la basura municipal o a los residuos sólidos como aquellos que se generan en casas habitaciones, parques, jardines, vía pública, oficinas, sitios de reunión, mercados, comercios, bienes muebles, demoliciones, construcciones, instituciones, establecimientos de servicios y en general todos los generados en actividades municipales que no requieren técnicas especiales para su control, excepto los peligrosos y potencialmente peligrosos de hospitales, clínicas, laboratorios y centros de investigación.

Actualmente entre los residuos sólidos municipales se encuentran: reciclables, no reciclables, degradables y no degradables, peligrosos y no peligrosos.

Todos los centros urbanos generan toneladas de basura y la ley prevé que esta debe ser controlada mediante el fomento del reúso, la separación, el reciclaje y de un adecuado programa de recolección, transporte, separación y disposición final en rellenos sanitarios, pero, ojo, lo anterior no se da en automático, se requiere de la voluntad política de la autoridad municipal.

## **2. EL ADECUADO MANEJO DE LOS RESIDUOS SÓLIDOS, BASURA, O LA FORMA DE PREVENIR LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL**

Las ciencias de la tierra <sup>2</sup> afirman que el suelo está compuesto por varias capas o estratos. La capa superior que contiene materia orgánica y húmeda, se conoce como suelo fértil y,

---

<sup>2</sup> En la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, existe la licenciatura relativa al estudio de las ciencias de la Tierra, bajo la denominación de Ingeniero Geólogo Ambiental; y también el posgrado: Maestría en Ciencias Geológicas y el Doctorado en Ciencias con especialidad en Geociencias.

aunque solo mide alrededor de 10 cm, es la capa que soporta toda la producción agrícola y vegetal. Está comprobado que un suelo fértil tarda entre 10 y 100 años para formarse. En el subsuelo, se encuentran rocas con diferentes porosidades y compuestos minerales. La última capa es la roca madre, esa roca compacta permite el desarrollo de seres vivos.

Edgard Baqueiro Rojas<sup>3</sup> nos dice en relación con el adecuado manejo de residuos sólidos municipales, que existen normas que tienen por objeto establecer los métodos para la determinación de los compuestos en los residuos sólidos municipales, con el propósito de que los municipios tomen las medidas adecuadas para la disposición final de estos residuos no en medio al ambiente. La razón de esta normativa es que la basura urbana está causando grave deterioro a los suelos por su enorme volumen y la mezcla de sustancias que desechan las zonas urbanas. Un manejo adecuado de los residuos a través del reciclaje, composteo, rellenos sanitarios, confinamientos e incineración de los peligrosos, traerán como consecuencia suelos más fértiles, aire y agua más limpios.

Se deben controlar los residuos porque constituyen la fuente principal de contaminación del suelo. Es necesario racionalizar su generación e incorporar técnicas para su reúso y reciclaje.

Nuestras leyes promueven —tanto federales como estatales o locales— la disposición final de residuos municipales en rellenos sanitarios y no a cielo abierto como actualmente se hace, en la mayoría de los municipios. Nuestra entidad local está atenta a la normativa que sobre esta materia se ha ido estableciendo en el mundo global en que vivimos.<sup>4</sup>

Plaguicidas, fertilizantes y sustancias tóxicas son de uso generalizado en la agricultura y son causa también de contaminación y degradación del suelo; su efecto no se limita al daño de este, también se filtra hacia los mantos subterráneos de agua (acuíferos) contaminando esta y, algunos de ellos, son altamente dañinos para la salud y los ecosistemas.

En cuanto a los residuos sólidos diremos que todas las personas, industrias y prestadores de servicios en su actividad cotidiana generan residuos o desechos, lo que comúnmente se llama basura. Estos desechos son la causa principal de contaminación del suelo, son focos de reproducción de fauna nociva, causa de olores desagradables, contaminación del agua y fuentes de riesgo para el ser humano y para los ecosistemas en general.

Los residuos sólidos son los que no fluyen por sí mismos y desde esta perspectiva haremos la siguiente clasificación: a) por su origen, doméstico, que son los que se generan en el hogar; municipales, los que generan los centros de población; industriales, los que desechan las industrias en sus procesos productivos; agropecuarios, desechos de campo; y hospitalarios, provenientes de hospitales, clínicas y centros de salud; b) por su capacidad de ser reusados, reciclables, que pueden someterse a un nuevo proceso industrial en forma de materia prima para generar nuevos productos, y no reciclables, que no se pueden

<sup>3</sup> Baqueiro Rojas, Edgard (1997). *Introducción al derecho ecológico*. México D. F.: Oxford, pp. 50 y ss.

<sup>4</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo global*. México D. F.: Porrúa-UNAM, México, 2013, p. 20.

volver a usar y que requieren de sitios especiales para su disposición final; por la capacidad del ambiente para descomponerlos, biodegradables, los que pueden ser desintegrados por procesos naturales, y no biodegradables, desconocidos para la naturaleza, que no tienen la capacidad para descomponerlos.

### **3. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO OBJETIVO DE LA NORMATIVA EN LA MATERIA**

Hechas las precisiones conceptuales arriba mencionadas, nos avocaremos ahora a describir la normativa en esta materia cuyo objetivo es uno solo: la protección de la salud del ser humano.

La recolección de la basura, con las denominaciones específicas según su contenido, es regulada en México por una normativa amplia que se inicia con la protección constitucional de la salud, en los siguientes términos:

Art. 4. «Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de la salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta constitución. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental genera responsabilidad para quien lo provoque, en términos de lo dispuesto por la ley».

Después del precepto constitucional mencionado, la recolección de la basura es regulada por otras disposiciones constitucionales que permiten la competencia nacional en este tema, entre ellas las siguientes:

Art. 73.- El Congreso tiene facultad [...]

XVI. Para dictar leyes sobre [...] salubridad general de la república:

1. El Consejo de Salubridad General dependerá, directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.
2. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.
3. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país.
4. Las medidas que el consejo haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenan al individuo o degeneran la especie humana, así como las adoptadas para prevenir y combatir la contaminación ambiental, serán después revisadas por el Congreso de la Unión en los casos que le competan.

Así, los Estados como entidades locales tienen obligaciones en esta materia que más abajo se especificarán, pero en el caso que nos ocupa, es decir la competencia municipal, se da de ma-

nera específica en nuestra Constitución, otorgándole a los municipios el derecho, pero también la responsabilidad constitucional de tomar medidas administrativas en esta materia.

Veamos el contenido específico para los municipios de nuestro país:

Art. 115. [...] Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales [...] c) *Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición de residuos* [...] V. Los municipios, en los términos de las leyes federales y estatales relativas, estarán facultadas para: [...] g) Participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia.

Tres aspectos deben resaltarse de los contenidos constitucionales anteriores:

- El derecho fundamental a la salud.
- La concurrencia general, tanto de la federación como de las entidades locales.
- La responsabilidad, por acción u omisión, de quien provoque daño o deterioro ambiental.

En la protección de la salud para los mexicanos, de los preceptos mencionados se desprenden las siguientes disposiciones normativas secundarias, en dicha materia:

## **A. De competencia federal**

### **a. Ley General de Salud**

Artículo 1.- La presente ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del Artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Artículo 2.- El derecho a la protección de la salud, tiene las siguientes finalidades:  
IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;

Artículo 13. La competencia entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general quedará distribuida conforme a lo siguiente:

A. Corresponde al Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Salud:  
I. Dictar las normas oficiales mexicanas a que quedará sujeta la prestación, en todo el territorio nacional, de servicios de salud en las materias de salubridad general y verificar su cumplimiento;

Artículo 152.- Las autoridades sanitarias podrán ordenar, por causas de epidemia, la clausura temporal de los locales o centros de reunión de cualquier índole.

Artículo 393.- Corresponde a la Secretaría de Salud y a los gobiernos de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, la vigilancia del cumplimiento de esta Ley y demás disposiciones que se dicten con base en ella.

La participación de las autoridades municipales y de las autoridades de las comunidades indígenas, estará determinada por los convenios que celebren con los gobiernos de las respectivas entidades federativas y por lo que dispongan los ordenamientos locales.

Artículo 395.- El acto u omisión contrario a los preceptos de esta Ley y a las disposiciones que de ella emanen, podrá ser objeto de orientación y educación de los infractores con independencia de que se apliquen, si procedieren, las medidas de seguridad y las sanciones correspondientes en esos casos.

Artículo 396.- La vigilancia sanitaria se llevará a cabo a través de las siguientes diligencias:

I. Visitas de verificación a cargo del personal expresamente autorizado por la autoridad sanitaria competente para llevar a cabo la verificación física del cumplimiento de la ley y demás disposiciones aplicables, y [...].

Artículo 402.- Se consideran medidas de seguridad las disposiciones que dicte la autoridad sanitaria competente, de conformidad con los preceptos de esta Ley y demás disposiciones aplicables, para proteger la salud de la población. Las medidas de seguridad se aplicarán sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, correspondieren.

Artículo 403.- Son competentes para ordenar o ejecutar medidas de seguridad, la Secretaría de Salud y los gobiernos de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias.

La participación de los municipios y de las autoridades de las comunidades indígenas estará determinada por los convenios que celebren con los gobiernos de las respectivas entidades federativas y por lo que dispongan los ordenamientos locales.

Artículo 404.- Son medidas de seguridad sanitaria las siguientes:

I. El aislamiento; II. La cuarentena; IX. La emisión de mensajes publicitarios que advierta peligros de daños a la salud;

Artículo 455.- Al que sin autorización de las autoridades sanitarias competentes o contraviniendo los términos en que esta haya sido concedida, importe, posea, aísle, cultive, transporte, almacene o en general realice actos con agentes patógenos o sus vectores, cuando estos sean de alta peligrosidad para la salud de las personas, de acuerdo con las normas oficiales mexicanas emitidas por la Secretaría de Salud, se le aplicará de uno a ocho años de prisión y multa equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate.

## **b. Ley Federal de Responsabilidad Ambiental**

Artículo 10. Toda persona física o moral que con su acción u omisión ocasione directa o indirectamente un daño al ambiente, será responsable y estará obligada a la reparación de los daños, o bien, cuando la reparación no sea posible a la compensación ambiental que proceda, en los términos de la presente Ley. De la misma forma estará obligada a realizar las acciones necesarias para evitar que se incremente el daño ocasionado al ambiente;



### c. Ley General del Equilibrio Ecológico

Artículo 7.- Corresponden a los Estados, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y las leyes locales en la materia, las siguientes facultades:

II.- La aplicación de los instrumentos de política ambiental previstos en las leyes locales en la materia, así como la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente que se realice en bienes y zonas de jurisdicción estatal, en las materias que no estén expresamente atribuidas a la Federación;

V.- El establecimiento, regulación, administración y vigilancia de las áreas naturales protegidas previstas en la legislación local, con la participación de los gobiernos municipales;

VI.- La regulación de los sistemas de recolección, transporte, almacenamiento, manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos e industriales que no estén considerados como peligrosos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 de la presente Ley;

VI.- La regulación de los sistemas de recolección, transporte, almacenamiento, manejo, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos e industriales que no estén considerados como peligrosos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 137 de la presente Ley;

### d. Ley de Conservación de Suelo y Agua

Artículo 3. —Se declara de utilidad pública:

I. —Las investigaciones y estudios relativos a la clasificación de los recursos de tierras y aguas y a los métodos y prácticas más adecuados para la conservación de los mismos;

## B. De competencia estadual o local

Atendiendo a su sentido de concurrencia, en la mayoría de las entidades locales se repite, con propósitos de competencia, de la normativa que hemos denominado de la competencia federal, en las materias que tienen que ver con salud, medio ambiente, equilibrio ecológico y conservación de suelo y agua. La singularidad de este apartado reside, con base en las leyes arriba mencionadas pero de carácter estatal, en la creación de organismos específicos para atender la recolección de la basura (residuos sólidos no peligrosos), que atienden en esa materia el tema de la recolección de la basura en el Área Metropolitana de Monterrey.

Para atender esta necesidad del Área Metropolitana de Monterrey (aproximadamente cinco millones de habitantes), se ha creado un organismo descentralizado llamado (Simprode) que se refiere al Sistema Integral para el Manejo Ecológico y Procesamiento de Desechos. Se encarga del manejo, clasificación y disposición final de los residuos contando en su planta general con: un relleno sanitario; una planta clasificadora; una planta generadora de bioenergía por biogás; una planta trituradora de llantas y 14 rellenos sanitarios regionales. Recibe aproximadamente más de cinco mil toneladas diarias de desechos sólidos en sus rellenos sanitarios regionales.

### **a. Estructura jurídica del organismo descentralizado Simeprode**

El organismo público descentralizado Sistema Integral para el Manejo Ecológico y Procesamiento de Desechos tiene por objeto prestar los servicios de acopio, recepción, transporte, almacenaje, aprovechamiento, reciclaje, transformación, procesamiento, comercialización, disposición final y en su caso, confinamiento de todo tipo de desechos sólidos, incluyendo residuos de manejo especial y peligroso, ello dentro del marco normativo aplicable en cada caso, evitando de esta forma la alteración del orden ecológico y propiciando, a su vez, la oportunidad de que un gran número de familias cuenten con un empleo permanente en mejores condiciones.

Para el cumplimiento de su objeto, el Sistema Integral para el Manejo Ecológico y Procesamiento de Desechos, tiene las siguientes atribuciones: ejecutar y administrar, directamente o a través de terceros, las obras necesarias para el acopio, recepción, transporte, almacenaje, aprovechamiento, reciclaje, transformación, procesamiento, comercialización y confinamiento de los desechos sólidos, incluyendo residuos de manejo especial o peligrosos y sus subproductos; realizar el acopio, recolección, transporte y confinamiento de desechos sólidos, incluyendo residuos de manejo especial o peligroso, directamente o a través de terceros, en los casos que se convengan con los municipios, o bien con cualquier otra persona física o moral que lo solicite; celebrar toda clase de convenios, contratos y actos jurídicos en general con personas físicas o morales, públicas o privadas nacionales que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto.

### **C. De competencia municipal**

Tal como hasta aquí hemos visto, desde el vértice, en pirámide descendente, la estructura jurídica relacionada con el tema de la basura municipal principia con las normas constitucionales arriba mencionadas; prosigue con las disposiciones secundarias federales; avanza, en el ámbito de su competencia concurrente, con las disposiciones estatales o locales en la misma materia; se aplica, en su conjunto estatal, por un organismo público descentralizado, y llega hasta la base de los reglamentos municipales, aplicándolos de manera directa por el mismo municipio, o en su caso, mediante organismos particulares concesionados en una convocatoria abierta.

A continuación, daremos cuenta de un reglamento municipal específico, en este caso el de la ciudad de Monterrey, capital del estado de Nuevo León; y también, de una licitación pública en la materia.

Debemos señalar y repetir el siguiente dato: el Área Metropolitana de Monterrey (aproximadamente cinco millones de habitantes) está conformada por diez municipios: Monterrey, San Nicolás de los Garza, Guadalupe, Apodaca, Escobedo, García, Santa Catarina, San Pedro Garza García, Santiago y Juárez. Dicha área tiene una población de cinco millones de habitantes.

De los reglamentos específicos para la recolección de la basura, tomaremos el modelo de la ciudad de Monterrey que por lo general se repite en los demás municipios, pues

tiene como referencia el Simeprode. Lo relevante de este reglamento, que a continuación lo detallaremos en sus puntos esenciales, se refiere a los procesos de concesiones para la intervención de organismos particulares.

### **a. Reglamento de Limpia para el municipio de Monterrey**

Artículo 1. El presente reglamento es de orden público e interés social y tiene por objeto regular los servicios públicos de limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos sólidos, atribuciones y responsabilidades de la autoridad municipal, prohibiciones y obligaciones para los propietarios de inmuebles, habitantes, visitantes o en tránsito en el territorio municipal.

Artículo 2. Las Autoridades responsables de la prestación del servicio público de Limpia son: el R. Ayuntamiento, el Presidente Municipal, el Secretario del R. Ayuntamiento y el Secretario de Servicios Públicos.

Artículo 3. Para los efectos del presente reglamento, se entiende por:

- a) Limpia: Recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos.
- b) Basura: Material que proviene de casas habitación, oficinas, edificios, mercados, vías públicas, plazas, parques, establecimientos comerciales de servicios e industriales o de cualquier actividad, generados en los procesos de extracción, beneficio, transformación o producto, cuya calidad no permita usarlo nuevamente en el proceso que lo generó o sea desechado y que no esté considerado como residuo peligroso.
- c) Vía Pública: Toda área de propiedad municipal, estatal o federal con libre tránsito de personas o vehículos.
- d) Material peligroso: Elementos, sustancias, compuestos, residuos o mezclas de ellos que, independientemente de su estado físico, represente un riesgo para el ambiente, la salud o los recursos naturales, por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables o biológico-infecciosas.

Artículo 4. El servicio de limpia en el municipio de Monterrey, se prestará mediante la Secretaría de Servicios Públicos en forma directa o de acuerdo a las modalidades que se establezcan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución Política del Estado de Nuevo León y demás ordenamientos aplicables, con la cooperación y responsabilidad de los vecinos, las organizaciones de colonos, las asociaciones de comerciantes, de servicios, de industriales y representativas de cualquier sector organizado de la población.

Artículo 5. El Presidente Municipal autorizará el personal necesario y proporcionará, dentro de la capacidad presupuestal del municipio, con exclusión de los que utilice el público, todos los materiales, equipo y útiles necesarios para la mejor ejecución del servicio de limpia, que comprenderá, bajo el encargo del Secretario de Servicios Públicos, las siguientes acciones:

- i. Barrido de las plazas, parques y jardines del municipio de Monterrey, así como de las avenidas, calzadas, pasos a desnivel y calles, que por tener camellones no corresponde barrer a los vecinos, o a las que por su importancia ameriten ser barridas por elementos municipales.

- ii. Limpieza de calles importantes, avenidas y camellones y aquellas cuando fuere necesario a juicio del Secretario de Servicios Públicos.
- iii. Recolección de basura y desperdicios provenientes de los lugares señalados en el artículo 3 incisos b y c de este reglamento y los demás que considere necesarios la Secretaría de Servicios Públicos y que tengan por objeto el ejercicio de todas las funciones y actividades encaminadas a satisfacer necesidades sociales de servicios públicos.
- iv. Transporte de la basura y desperdicios a los lugares autorizados por el municipio para disponer de los desechos sólidos especificados en el artículo 3 incisos B de este reglamento, en su caso.
- v. Recolección, transporte y cremación de cadáveres de animales que se encuentren en las calles o vías públicas.

Artículo 6. El barrido y la limpieza de las calles de la ciudad se efectuará por la autoridad municipal con la colaboración de los propietarios, inquilinos, poseedores o usufructuarios de las fincas que colinden con las mismas.

Artículo 7. La recolección y traslado de la basura domiciliaria de las casas habitación, escuelas públicas, templos, áreas de propiedad o uso municipal y dependencias oficiales de gobierno, se realizará por la Secretaría de Servicios Públicos en los horarios que establezca la misma Secretaría.

Artículo 8. La Presidencia Municipal dotará a la Secretaría de Servicios Públicos del equipo necesario para la prestación del servicio de limpia. Se instalarán depósitos en lugares adecuados con capacidad suficiente para la basura y desperdicios generados en la vía pública. Los propietarios, administradores o encargados de edificios, conjuntos habitacionales o propiedades de régimen en condominio, tendrán la obligación de instalar en el interior de sus predios depósitos suficientes para la basura que se genere, debiendo ser instalados en un lugar que permita las maniobras para su adecuada recolección. La Secretaría de Servicios Públicos, para optimizar el servicio podrá cambiar el sistema de recolección instalando depósitos para los residuos, compatibles con las unidades recolectoras tomando en consideración las necesidades de la comunidad, la densidad de la población y la vialidad para el acceso de los vehículos recolectores.

Artículo 9. La Administración Municipal podrá celebrar convenios con una o varias personas físicas o morales para realizar el servicio de limpia al comercio, así como para instalar depósitos metálicos para servicio de los transeúntes, con tapas móviles, en cuyos recipientes se inserten anuncios comerciales, mediante el pago de derechos correspondientes, quedando prohibido que en esa clase de depósitos se arrojen otros desperdicios que no sean los que los transeúntes generen en su recorrido.

Artículo 10. Las empresas o quienes desempeñen actividades comerciales, industriales y deservicios, son responsables de la basura que generen, su recolección, traslado y confinamiento en lugares autorizados debiendo contar con la documentación que acredite su cumplimiento, presentando dicha documentación ante las autoridades municipales en el caso de ser requerida.

Artículo 11. Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 10, se procederá de cualquiera de las siguientes formas:

- a) Utilizar vehículos propios;
- b) Contratar a particulares que presten dicho servicio y
- c) Que los servicios de recolección y traslado, de desechos sólidos no peligrosos sean prestados por las autoridades municipales en los casos que en promedio generen hasta 5 kilogramos diarios de basura y en los casos que en promedio generen más de 5 kilogramos y hasta 10 kilogramos diarios de basura, pagando los derechos que establezca la Ley de Hacienda para los Municipios del Estado. En todo caso, los vehículos deberán estar cubiertos y debidamente equipados para evitar la diseminación de residuos.

Artículo 12. Las personas físicas o morales cuyo objeto sea la prestación de los servicios de recolección y traslado de residuos dentro del territorio municipal de Monterrey, así como los vehículos destinados para la prestación de dichos servicios, deberán contar con la autorización de la Secretaría de Servicios Públicos, re-ferendándose anualmente dicha autorización.

Artículo 13. Los propietarios o poseedores de animales serán responsables de la limpieza, recolección y de neutralizar los efectos contaminantes de residuos generados por necesidades fisiológicas o por la dispersión de basura que realicen dichos animales en la vía pública, así como el traslado por sí o por personas autorizadas de acuerdo al artículo anterior, de los restos, en caso de muerte, de los animales al sitio autorizado para su confinamiento.

Artículo 14. Es responsabilidad de toda persona física o moral, pública o privada, que por su actividad sea generador de residuos peligrosos, ya sea corrosivos, reactivos, explosivos, tóxico-ambientales, inflamables o biológico-infecciosos, la vigilancia de los desechos generados en tales actividades sean colocados en bolsas o depósitos adecuados debidamente sellados y etiquetados, así como su traslado, disposición final y manejo en general, como se establece en la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y apegarse a las Normas Oficiales Mexicanas y demás ordenamientos aplicables. En los casos en que los generadores de residuos peligrosos sean personas físicas o morales ya sean públicas o privadas, además de apegarse al presente artículo, deberán cumplir con lo establecido en los artículos 10 y 11 del presente reglamento para la recolección y traslado de residuos sólidos no peligrosos que generen...

(De las obligaciones de la ciudadanía)

Artículo 15. Es obligación de los habitantes de Monterrey, y de las personas que transiten por su territorio, el participar activamente en la conservación de la limpieza de la ciudad.

I. La recolección de basura domiciliaria se hará en el horario y con la frecuencia que determine la Secretaría de Servicios Públicos. La basura deberá ser puesta en recipientes en buenas condiciones para que no se derrame y colocarse estos en la banqueta al paso del camión, que será anunciado con anticipación. El peso total de la basura, incluyendo el recipiente, no deberá exceder los 20 kilogramos.

II. Los propietarios de casa-habitación, encargados, poseedores originarios o derivados, así como los dueños o representantes de establecimientos comerciales, industriales, profesionales o de cualquier otra índole, tienen la obligación de mantener limpias las fachadas, aparadores, banquetas y medias calles.

Artículo 29. En los mercados públicos, sean o no de propiedad del municipio, así como los denominados mercados sobre ruedas o ambulantes, los dueños o administradores tendrán la obligación de vigilar que tanto en su interior como en su exterior se mantenga la más escrupulosa y absoluta limpieza, aplicándose a estos giros mercantiles las disposiciones que establece los artículos 10 y 11 de este reglamento.

(De las sanciones)

Artículo 43. Con independencia de las sanciones que señalan otros reglamentos municipales, las infracciones al presente reglamento serán sancionadas como:

I. Amonestación.

II. Multa, cuyo monto será referido al salario mínimo vigente del día de la infracción. Será atribución de la Secretaría de Servicios Públicos citar en cualquier momento para que asista a sus oficinas, a toda persona física o moral para que presente la información y documentos que se le solicite en relación con cualquier violación, que contravenga el Reglamento de Limpia en vigor

(De la aplicación de las sanciones)

Artículo 52. Son infractoras aquellas personas físicas o morales privadas o públicas; que incurran en la violación al presente reglamento. Artículo 53. La aplicación de sanciones derivadas de la violación al presente reglamento, se realizará bajo el siguiente procedimiento: ...

(De la concesión de servicios públicos)

Artículo 87.- Sin perjuicio de que se presten los servicios públicos a través de dependencias de la administración municipal directa o de organismos descentralizados, los Ayuntamientos podrán prestar los servicios mediante el otorgamiento de concesiones.

Artículo 88.- Para los efectos del artículo anterior, con base en las políticas, estrategias y prioridades establecidas en los programas municipales de desarrollo urbano de los centros de población y en los relativos a los servicios públicos, el Ayuntamiento podrá acordar la conveniencia para la comunidad, de concesionar determinados servicios públicos. No podrán ser objeto de concesión los servicios de Seguridad Pública, Tránsito y Transporte Público.

Artículo 89.- Con base en el Acuerdo del Ayuntamiento a que se refiere el artículo anterior, se emitirá una convocatoria, suscrita por el Presidente Municipal y el Secretario del Ayuntamiento, que deberá publicarse en el Periódico Oficial del Estado, en uno de los periódicos de mayor circulación en el Municipio y en el tablero de avisos del Palacio Municipal, dándosele además la publicidad que el propio Ayuntamiento considere conveniente.

Artículo 90.- La convocatoria debe contener:

- I.- La referencia del acuerdo correspondiente del Ayuntamiento;
- II.- El señalamiento del centro de población o de la región donde se requiera el servicio público;

- iii.- La autoridad municipal ante quien debe presentarse la solicitud y demás documentos que se señalan en el artículo 92 de la presente Ley;
- iv.- La fecha límite para la presentación de la solicitud y documentos necesarios;
- v.- Los requisitos que deben cumplir los interesados.

Artículo 91.- No tienen derecho a solicitar la concesión de servicios públicos, las personas físicas morales en cuyas empresas participe algún integrante del Ayuntamiento o sus cónyuges, o sus parientes consanguíneos o por afinidad hasta el segundo grado, sea como accionistas, administradores o gerentes. Tampoco tienen este derecho, las personas físicas o morales que por cualquier causa estén legalmente impedidos para ello.

Artículo 97.- La concesión de servicios públicos se otorgará por tiempo determinado. El periodo de su vigencia será fijado por los Ayuntamientos y puede ser prorrogado.

Artículo 98.- El concesionario, previamente a la prestación del servicio público debe tramitar y obtener de las autoridades dictámenes, permisos, licencia y demás autorizaciones que se requieran.

Artículo 103.- Las concesiones de los servicios públicos terminan por cualquiera de las siguientes causas:

- I.- Revocación;
- II.- Cumplimiento del plazo; y
- III.- Cualquiera otra prevista en el documento en el que se haga constar la concesión.

Artículo 104.- Las concesiones de servicios públicos pueden ser revocadas por cualquiera de las siguientes causas:

- I.- Cuando se interrumpa, en todo o en parte, el servicio público concesionado, sin causas justificadas a juicio del Ayuntamiento, o sin previa autorización por escrito del mismo;
- II.- Porque se ceda, hipoteque, enajene o de cualquier manera se grave la concesión o alguno de los derechos en ella establecidos, o los bienes afectos o destinados de servicios públicos, sin la previa autorización por escrito del Ayuntamiento;
- III.- Porque se modifique o se altere sustancialmente la naturaleza o condición en que se preste el servicio, las instalaciones o su ubicación, sin previa autorización por escrito del Ayuntamiento [...].

#### **4. COMENTARIOS DERIVADOS DE LA NORMATIVA EN LA RECOLECCIÓN DE LA BASURA**

Ciertamente la normativa arriba mencionada es profusa, y en algunos casos, tan extensa que da motivo a la pérdida del objetivo o de los objetivos correspondientes. Por ello nos permitimos resaltar los aspectos más sobresalientes derivados de dicha normativa:

- a) La Secretaría de Salud dicta las normas para conservar la salud de los mexicanos (Art. 13).
- b) Se otorga competencia a las entidades federativas y municipios, para vigilar el cumplimiento de la ley y las normas oficiales en esa materia (Art. 393).

c) Cualquier acto u omisión contrario a los preceptos y las normas, será objeto de sanción (Art. 393).

d) Se estipulan visitas sanitarias para vigilar el cumplimiento de la ley (Art. 396).

e) De manera previa, a criterio de la autoridad, se establecen medidas de seguridad necesarias tales como el aislamiento y la cuarentena (Arts. 402 y 403).

f) Se estipulan responsabilidades a las personas o ciudadanos que con su acción u omisión ocasionen daños ecológicos (Arts. de la Ley de responsabilidad ambiental).

g) Se faculta a los estados para regular los sistemas de recolección, y demás aspectos de los residuos sólidos o basura (Art. 7 de la Ley de equilibrio ecológico).

h) Se declara de utilidad pública los estudios sobre tierras y aguas para su conservación (Art. 3 de la Ley de suelo y agua).

## 5. LAS CONCESIONES MUNICIPALES EN LA RECOLECCIÓN DE LA BASURA

Además de la recolección directa por parte de cada municipio, de la basura o residuos sólidos que, por otra parte, ya hemos observado con detenimiento en el reglamento de limpia para el municipio de Monterrey, se puede dar dicha recolección mediante una concesión pública. Al efecto, tenemos que en la Ley Orgánica de la Administración Pública municipal del estado de Nuevo León, en el artículo 87 se indica: «Sin perjuicio de que se presten los servicios públicos a través de dependencias de administración municipal directa o de organismos descentralizados, los Ayuntamientos podrán prestar los servicios mediante otorgamiento de concesiones».

Y también en el mismo sentido, el artículo 89 señala: «Con base en el acuerdo del Ayuntamiento a que se refiere el artículo anterior, se emitirá una convocatoria suscrita por el presidente Municipal y el Secretario del Ayuntamiento, que deberá publicarse en el Periódico Oficial del Estado, en uno de los periódicos de mayor circulación en el municipio y en el tablero de avisos del Palacio Municipal, dándosele además la publicidad que el propio ayuntamiento considere conveniente».

Complementa este tema el artículo 90: «La convocatoria debe contener: I.- la referencia del acuerdo correspondiente del Ayuntamiento; II.- el señalamiento del centro de población o de la región donde se requiere el servicio público; III.- la autoridad municipal ante quien debe presentarse la solicitud y demás documentos que se señalan en el artículo 92 de la presente ley; IV.- la fecha límite para la presentación de la solicitud y documentos necesarios; V.- los requisitos que deben cumplir los interesados».

También es aplicable el artículo 92: «Para los efectos de las fracciones III y IV del artículo 90 se exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos: I.- Testimonio del acta constitutiva; II.- Balance general y estados financieros; III.- Exhibición del poder general de quien represente al solicitante de la concesión; IV.- Organización de la empresa, recursos humanos debidamente capacitados, capacidad técnica y materiales idóneos».

Antes de analizar con detalle un caso de concesión de la basura en el Área Metropolitana de Monterrey, hagamos algunas precisiones conceptuales sobre este tema.



## 6. LA CONCESIÓN COMO ACTO ADMINISTRATIVO PLENO EN LA RECOLECCIÓN DE LA BASURA

Las más remotas raíces de la concesión como figura jurídica en el derecho se dan en el *precarium* romano, originalmente gratuito. Los *beneficia*, los *privilegia principis* y demás regalías medievales, y la patente de corso del Estado moderno —por cierto cancelada en el Estado contemporáneo— son en su conjunto antecedentes de la concesión del servicio público.

Por eso entendemos que la concesión es un mecanismo jurídico que permite, a quien tiene la titularidad de ciertas atribuciones o facultades, o de ciertos bienes o derechos, delegar su ejercicio o aprovechamiento a un tercero; se puede dividir en mercantil, también llamada franquicia o licencia de marca, y administrativa. Esta puede clasificarse en concesión de obra pública, de bienes demaniales y de servicio público. Esta última se puede interpretar como la cesión temporal de la prestación de un servicio público atribuido a la Administración Pública, a favor de un particular que se encarga de ella, bajo la regulación, control y vigilancia del poder público.

Acerca de su naturaleza, se han desarrollado diversas teorías, distinguibles en tres vertientes: la contractual, la del acto administrativo y la mixta.

La tesis que entiende a la concesión administrativa como un contrato de derecho público está presente en la legislación de diversos países. En opinión de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, sustentada en su Cuarta Conferencia Nacional de Abogados, la concesión es un contrato administrativo generador de una relación jurídica compleja, con una parte reglamentaria reguladora de la organización y operación del servicio, y con otra parte consensual atinente al aspecto económico y financiero de la concesión.

La teoría que considera a la concesión administrativa como un acto administrativo estima que se trata de un acto unilateral de la administración pública, mediante el cual delega en un particular la facultad, a ella atribuida, de prestar el servicio público, por lo que mediante otro acto administrativo puede revocarla cuando así lo dicte el interés público.<sup>5</sup>

La concesión la definimos como un procedimiento discrecional eficaz, dentro de la estructura de la sociedad moderna para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de bienes federales que el Estado no está en condiciones de desarrollar, por su incapacidad económica o porque así lo estima útil o conveniente, o se lo impide su propia organización.

Sin dejar de tomarlo en cuenta como un acto jurídico, Jorge Fernández Ruiz ubica a la concesión como un acto discrecional, pero no arbitrario, en la entrega a los particulares de ciertas actividades que el Estado no está en condiciones de desarrollar.

---

<sup>5</sup> Fernández Ruiz, Jorge y Cisneros Farías, Germán, *Derecho administrativo del estado de Nuevo León*, Editorial Porrúa, México, 2009, pp. 192 y 193

Por nuestra parte consideramos que en las concesiones que puedan otorgarse en la recolección de la basura, la Administración Pública debe ubicarse en la potestad de autoridad plena, es decir, las concesiones que sobre esta materia se otorguen son actos administrativos, y no meros contratos que puedan celebrarse entre particulares. Debe concebirse así —como acto administrativo pleno— para que sea la Administración Pública, con fundamento en disposiciones legales específicas, la que establezca las condiciones a que deberán sujetarse el accionar de tal concesión. De no darse tales condiciones legales, entonces se corre el riesgo de que dicha concesión sea un mero contrato, susceptible de cumplimiento o incumplimiento, con sanciones civiles.

Por lo anteriormente expuesto debemos considerar que, ya se debe transitar hacia el establecimiento de normas superiores que obliguen, tanto a las autoridades, como a las personas morales y físicas, a cumplir con precisión las recomendaciones vigentes en materia de salud y equilibrio ecológico, en los aspectos relativos a la recolección, confinamiento y tratamiento de los residuos sólidos municipales.

## **7. LAS CONVOCATORIAS PARA LAS CONCESIONES EN LA RECOLECCIÓN DE LA BASURA MUNICIPAL**

Tomando en cuenta las indicaciones legales arriba señaladas, veamos el procedimiento básico de una licitación pública para la obtención de una concesión en la recolección de la basura, en uno de los municipios del Área Metropolitana de Monterrey, en este caso, en el municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León. Este municipio tiene una población de 125 978 habitantes los cuales residen en 29 000 hogares comprendidos en 128 colonias, conocido como el municipio modelo de México, San Pedro Garza García se destaca diariamente por su gran crecimiento urbano y comercial. Es uno de los municipios considerado el de más alto ingreso per cápita en el país, por lo cual se entiende que además de su alta escolaridad promedio, sus habitantes y sus colonias exigen un alto índice de higiene, limpieza y seguridad pública.

Esta convocatoria fue expedida el día 17 de enero del 2014, bajo los siguientes términos:

En cumplimiento al acuerdo aprobado por el R. Ayuntamiento de San Pedro Garza García, Nuevo León, en la Cuadragésima Tercera Sesión Extraordinaria celebrada en la fecha 17 de enero de 2014, se emita la siguiente:

### Convocatoria

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 115, fracción III, inciso C, y antepenúltimo párrafo del mismo numeral de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 132, fracción I, Inciso C de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, en correlación con lo dispuesto en los artículos 89 y 90 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal de Estado de Nuevo León y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 8, 26, apartado A, fracción VII, en relación con el numeral 36, apartados A, fracción x y D, fracción x,

del Reglamento Orgánico de la Administración Pública Municipal de San Pedro Garza García, Nuevo León, y según acuerdo tomado durante la sesión extraordinaria de fecha 17 de enero de 2014, el Ayuntamiento de San Pedro Garza García, Nuevo León, convoca a la población en general, que tenga interés en participar en el procedimiento para el otorgamiento de la concesión de los servicios públicos de recolección y traslado de los residuos sólidos urbanos no peligrosos. Los solicitantes de la concesión de los servicios públicos deben tener en consideración y además cumplir con lo siguiente:

i. Referencia del Acuerdo Correspondiente.- El Ayuntamiento de San Pedro Garza García, dictó acuerdo mediante el cual se determinó otorgar concesión de los servicios públicos de recolección y traslado de los residuos sólidos urbanos no peligrosos, en la primera sesión ordinaria de fecha 11 de noviembre de 2013.

ii. Señalamiento del centro de población o de la región donde se requiera el servicio público.- Los servicios públicos de recolección y traslados de los residuos sólidos urbanos no peligrosos, son requeridos para presentarse en todo el territorio de municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León.

iii. Autoridad municipal ante quien debe presentarse la solicitud y demás documentos que se señalan en el artículo 92 de la ley orgánica de la administración pública municipal del Estado de Nuevo León.- Los interesados en que se les otorgue en concesión de los servicios públicos de recolección y traslado de los residuos sólidos urbanos no peligrosos, deberán presentar la solicitud y documentos correspondientes, ante la Comisión Transitoria del R. Ayuntamiento para conocer, analizar y dictaminar lo relativo a la concesión del servicio público de recolección y traslado de residuos sólidos urbanos no peligrosos, precisamente en la Sala de Cabildo de la Presidencia Municipal ubicada en Juárez y Libertad s/n Centro de San Pedro Garza García.

En el entendido de que la información relativa a las condiciones en que deben presentarse los servicios públicos de recolección y traslado de los residuos sólidos urbanos no peligrosos, está disponible para los interesados en solicitar la concesión, en la Secretaría del Republicano Ayuntamiento de San Pedro Garza García, Nuevo León, por conducto de la Dirección de Asuntos Jurídicos, ubicada en calle Los Aldama, número 403 norte, en el Centro de San Pedro Garza García, Nuevo León, misma que se entregará a los interesados en solicitar la concesión, previo el pago de los derechos correspondientes por la cantidad de \$5,000.00(cinco mil pesos 00/100 moneda nacional), el cual se debe efectuar por el propio interesado ante la Secretaría de Finanzas y Tesorería Municipal de San Pedro Garza García, Nuevo León.

IV. Fecha límite para la presentación de la solicitud y documentos necesarios.- La solicitud de concesión de los servicios públicos de recolección y traslado de los residuos sólidos urbanos no peligrosos, se suscribirá y consecuentemente se presentará personalmente por los interesados o por sus apoderados, quienes deberán contar con mandato suficiente, general y con facultades para actos e administración y de dominio, señalando sus generales y domicilio para oír y recibir notificaciones dentro de la circunscripción territorial del Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León; y, deberán efectuar la presentación de solicitud y documentos

respectivos, ante la autoridad referida en el punto anterior, a las 10:00 horas del día 14 de febrero de 2014-dos mil catorce, por lo que se exhorta a los interesados a que se presenten con puntualidad en el día y hora antes indicada, toda vez que las solicitudes solo se recibirán en este acto público con la finalidad de que ello sea un acto que goce de la debida publicidad y transparencia.

No tienen derecho a solicitar la concesión de servicios públicos, las personas física o morales en cuyas empresas participe algún integrante del Ayuntamiento o sus cónyuges, o sus parientes consanguíneos o por afinidad hasta el segundo grado, ya sea como accionistas, administradores o gerentes. Tampoco tienen este derecho, las persona físicas o morales que por cualquier causa estén legalmente impedidos para ello.

V. Requisitos que deben cumplir lo interesados.- Quienes soliciten la concesión de los servicios públicos de recolección y traslado de los residuos sólidos urbanos no peligrosos, deben cumplir con los requisitos que se desprendan de la información proporcionada a los interesados en términos de lo dispuesto en el segundo párrafo del punto número III de esta convocatoria.

Concluido el periodo de recepción de solicitudes, previsto en el apartado número IV, de conformidad con lo establecido en el artículo 95 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León, *el Republicano Ayuntamiento de San Pedro Garza García, Nuevo León, emitirá la resolución correspondiente dentro del término de 30-treinta días hábiles, este Republicano Ayuntamiento dictaminará quien reúne las condiciones técnicas, financieras, legales y administrativas, y en su caso, otorgara la titularidad técnica requeridas de acuerdo a la información que se proporcionó a los interesados.*

San Pedro Garza García, Nuevo León, a 17 de enero de 2014.

## **8. ESTUDIO DE LAS POSIBLES CAUSALES DE IMPUTACIÓN PENAL A LA AUTORIDAD MUNICIPAL**

Hemos descrito casi en su totalidad la normativa aplicable al tema de la basura municipal; lo hemos hecho con el propósito de dejar, en el ánimo del lector, que se trata, aunque no lo parezca, de un tema de singular importancia para la vida y la convivencia en los grandes grupos sociales. En un primer momento de desarrollo histórico de la sociedad, a este tema se le ha dado o se le dio poca importancia pero, a medida que se va presentando el fenómeno de las grandes urbes o aglomeraciones sociales en casi todo el mundo, debemos, jurídicamente, prestarle más atención, pues cada día son más las concentraciones macrourbanas en el planeta. México y Perú son poseedores de grandes urbes como es el caso del área Metropolitana de Monterrey (casi cinco millones de habitantes); la ciudad de México (casi veinte millones de habitantes); Lima, (en su área Metropolitana, su población general se aproxima a los nueve millones de habitantes).

Además de las megalópolis arriba mencionadas, como tales debemos mencionar las siguientes: Sao Paulo (veinte millones de habitantes); Tokio (treinta y cinco millones de

habitantes); Nueva York (dieciocho millones de habitantes); Ciudad de México (diecinueve millones de habitantes); Shanghái (catorce millones de habitantes); Los Ángeles (doce millones de habitantes); y Buenos Aires (doce millones de habitantes).

Por lo anteriormente expuesto, se entiende que ya no podemos considerar como un problema simple la aleatoria circunstancia de la limpieza de la ciudad, de no recoger la basura en forma oportuna, de no tomar precauciones en su excesiva exposición, de considerar que los olores desagradables de ella en poco o en nada puedan perjudicar nuestra salud. No es así. Para los tiempos modernos ha llegado el momento de considerar algunas posibles imputaciones penales a las autoridades municipales, desde el liderazgo legal que puedan ejercer en sus funciones, el alcalde, edil o presidente municipal.

Se antoja demasiado drástico de cualquier legislación, que establezca causales de imputación penal a las autoridades municipales, bien por negligencia, o bien por extrema omisión, en el desempeño de sus funciones de liderazgo o de Administración, en la no recolección oportuna de la basura municipal. Sobre esta actitud nos apoyamos en la doctrina moderna que, en voces autorizadas, insisten en una nueva orientación, en este caso con sanciones penales, en la Administración Pública que corresponda. No basta con declarar la ilegalidad de los actos, ni siquiera con que pueda obtenerse una reparación de los daños planteando las oportunas reclamaciones de responsabilidad civil. Es preciso, también, el castigo penal a los culpables.

Santiago Muñoz Machado<sup>6</sup> nos informa que las razones históricas de la retención masiva por la jurisdicción penal de asuntos administrativos para resolverlos a título prejudicial han desaparecido. Se aduce ahora la tendencia de penalizar lo que hasta recientemente habían sido infracciones administrativas, y el uso por el Código de tipos penales imperfecto o en blanco. De una y otra práctica resulta que para determinar si concurren las circunstancias del tipo penal es preciso decidir si se ha infringido la legalidad administrativa (o, más complicado aún, que no se ha infringido en absoluto), lo que sería un presupuesto para poder aplicar, por ejemplo, el delito de desobediencia, que reclamaría un procedimiento previo de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Los ciudadanos han reclamado aparentemente (no están hechas las correspondientes encuestas, pero los medios de comunicación presumen recoger esta opinión) que los culpables de conductas ilícitas que ocupan cargos en la Administración sean castigados penalmente. Este sentimiento es especialmente fuerte, como demuestran también las experiencias de otros Estados europeos, cuando ocurren grandes daños, que afectan a numerosas personas, que tienen su origen en el mal funcionamiento de servicios de la Administración, o son producidos por actividades privadas sometidas a la supervisión o vigilancia administrativa. Es tanta la publicidad que suele darse a estas causas en los medios de comunicación (realmente la comunión entre los medios y los jueces es otro de los

---

<sup>6</sup> Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Vol. I, 2011, pp. 82, 83, 84.

grandes acontecimientos de nuestro tiempo: se alimentan aquellos de noticias, y hacen de altavoces de las decisiones judiciales y multiplicadores de sus efectos; colaboración entre el activismo judicial y mediático) que ha apuntado el riesgo de que el Derecho administrativo sea desplazado por el Derecho penal en su función de disciplinar el comportamiento de la Administración y controlar sus decisiones. Ciertamente el Derecho penal puede convertirse en un nuevo instrumento de la gestión administrativa, aplicando, sustituyendo una función que, hasta ahora, habían cumplido las sanciones administrativas, de apoyo a la eficacia de aquella, corrigiendo las infracciones en que suelen incurrir los ciudadanos. No olvidemos que el Derecho penal que se ocupa de reaccionar *a posteriori* contra hechos lesivos individualmente delimitados, y podemos convertirlo en un Derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales.

Con esta orientación del Derecho administrativo no pretendemos que todo el espectro, o gran parte del espectro de tal Derecho, pueda ser criminalizado. De ninguna manera, lo que pretendemos es que algunas áreas, temas en particular que caen en la esfera de la Administración pública, tomando en cuenta su gravedad social, la Administración pública, y en particular los funcionarios, asuman una más elevada responsabilidad en el cumplimiento de temas que son de gran impacto social, insiste Muñoz Machado.<sup>7</sup>

Expresado lo anterior consideramos que, pueden ser causales de imputación penal por parte de los funcionarios, la extrema negligencia u omisión manifiesta, las siguientes causales, bajo la tesis:

Quienes teniendo la responsabilidad directa de la limpieza, recolección y confinamiento de los residuos sólidos no peligrosos que se generan en la convivencia diaria de una municipalidad, no efectúen con pertinencia las siguientes actividades:

a) no ordenar, por los medios idóneos correspondientes, la recolección general de la basura en su municipalidad.

b) no proporcionar la cantidad adecuada de vehículos requeridos en una municipalidad, para recolectar la basura municipal.

c) no prever los mecanismos legales y técnicos correspondientes, en el área de su responsabilidad, para que los encargados inmediatos de la recolección de los residuos sólidos no peligrosos puedan cumplir con sus funciones. Debe entenderse por mecanismos legales correspondientes, aquellos que acotan, regulan debidamente la responsabilidad de los empleados públicos, para cumplir con sus labores de recolección de la basura. El trabajo de la recolección de la basura pública debe considerarse ya una excepción a los paros, huelgas o cualquier medio legal que permita el incumplimiento de dicha tarea por parte de los servidores públicos, lo anterior que ya se da, en el mismo sentido, para los empleados públicos de tránsito, vigilancia, policía y seguridad pública, quienes no pueden legalmente realizar paros, huelgas o suspensión de labores.

---

<sup>7</sup> Muñoz Machado, *Idem*. p. 84.

En cuanto a los aspectos técnicos, debemos tomar en cuenta la obligación por parte de las autoridades municipales de proporcionar a la ciudadanía aquello que se refieren a la clasificación idónea para el confinamiento de la basura; también deben considerarse como aspectos técnicos, aquellos instrumentos que se refieren a la entrega oportuna de los materiales que se usan para la limpieza colectiva en una ciudad.

d) no implementar ni manejar, en forma oportuna el número satisfactorio de rellenos sanitarios en su municipalidad.

e) inducir o permitir la «ingobernabilidad» de su ayuntamiento, área responsable de la recolección de la basura, o de cualquier instrumento jurídico necesario para hacer viable el servicio de recolección de la basura municipal.

f) en el caso o casos en que la recolección de la basura no se haga de manera directa, sino mediante la concesión de dichos servicios a particulares entonces procede la causal o causales relativas a la negligencia u omisión para otorgar la concesión o concesiones en el otorgamiento de dicho servicio.

Este inciso es diferente al inciso e, pues aquel se refiere a la no prevención de mecanismos legales de carácter general, en tanto, en este caso nos estamos refiriendo a la negligencia u omisión de un mecanismo específico que es el otorgamiento de concesiones a particulares. Hacemos notar desde ahora que este es el mecanismo legal que se está empleando en la mayoría de las megalópolis, por lo cual requiere de una estructura jurídica más amplia, pues como todos sabemos, la concesión se define como un procedimiento discrecional eficaz, dentro de la estructura de la sociedad moderna para entregar a los particulares ciertas actividades o la explotación de bienes federales que el Estado no está en condiciones de desarrollar, por su incapacidad económica o porque así lo estima útil o conveniente, o se lo impide su propia organización.

g) no ordenar la supervisión periódica de las circunstancias que inciden en la contaminación ambiental, derivada esta, del excesivo confinamiento de la basura municipal.

## 9. CONCLUSIONES

Tomando en cuenta la denuncia efectuada por varios investigadores, entre ellos Niklas Luhmman, de que no debemos preocuparnos porque la humanidad pueda perecer por un acontecimiento nuclear, antes bien, debemos preocuparnos por la contaminación ambiental, por las bacterias, virus que la vida moderna está creando, entre ellos, la exposición al aire, sin controles técnicos en la exposición de la basura o residuos sólidos, generados en las megalópolis y que, las autoridades administrativas poco, o casi poco interés, manifiestan en su control sanitario; ante lo anterior, proponemos endurecer las disposiciones legales para que los Ayuntamientos ejerzan una vigilancia y operación oportuna ante tal problema y que, en caso de negligencia u omisión de tales funcionarios, entonces, se den las sanciones penales que correspondan.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

Baqueiro Rojas, Edgard, *Introducción al derecho ecológico*, Editorial Oxford, México, 1997.

Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo global*, Porrúa-UNAM, México, 2013.

Fernández Ruiz, Jorge y Cisneros Farías, Germán, *Derecho Administrativo del Estado de Nuevo León*, Editorial Porrúa, México, 2009.

Luhmann, Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas*, Edición de la Universidad Iberoamericana, México, 2002.

Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público General*, Tomo I, Madrid, 2011.

Secretaría de Salud-Organización Panamericana de la Salud, Primer taller intersectorial de Derecho sanitario mexicano, México, 1989.

Ríos Loera, Rosa María y Huerta Pérez Lourdes, *Red Neolonesa de Municipios por la Salud*, Manual, Secretaría de Salud de Nuevo León, 2012.

[www.nl.gob.mx](http://www.nl.gob.mx).





# **LAS COMPETENCIAS AMBIENTALES DE LAS MUNICIPALIDADES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA**

Por *DANIEL H. LAGO*

## **SUMARIO**

Introducción. I. La República Argentina como Estado federal. El estatus de las provincias. II. Competencias ambientales de la nación y de las provincias. III. Las normas de presupuestos mínimos de protección. IV. La Corte Suprema interpreta el nuevo reparto de competencias. V. Competencias municipales. VI. Conclusiones.

## **INTRODUCCIÓN**

El propósito de este trabajo es exponer las características que reviste la competencia de los municipios de la República Argentina en materia ambiental. Para ello, comenzaremos revisando la forma federal de Estado adoptada por la Constitución Nacional, las atribuciones de las Provincias y su relación con la Nación en términos generales. Luego nos ocuparemos del impacto de la reforma constitucional de 1994 sobre el reparto de competencias en materia ambiental, analizando un nuevo tipo de norma de protección ambiental nacido de aquella. Revisaremos cómo interpretó la jurisprudencia de la Corte Suprema el nuevo reparto constitucional. Por fin, traeremos el análisis al plano de las competencias ambientales municipales.

## **I. LA REPÚBLICA ARGENTINA COMO ESTADO FEDERAL. EL ESTATUS DE LAS PROVINCIAS**

La República Argentina es un Estado federal.<sup>1</sup> Se compone de 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> «Art. 1.- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución».

<sup>2</sup> La Ciudad de Buenos Aires tiene un estatus particular. A partir de la reforma de 1994, dentro del Título III (Gobiernos de Provincia) la Constitución Nacional regula las competencias de las Provincias pero también las de la Ciudad de Buenos Aires. Así, el art. 129 dispone: «La Ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción y su jefe de Gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado Nacional mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que mediante los representantes que elijan a ese efecto dicten el estatuto organizativo de sus instituciones». La Ciudad se dio su Constitución en 1996.

Conforme al artículo 5 de la Constitución Nacional (CN): «Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones».<sup>3</sup>

El artículo 123 de la CN profundiza el mandato del artículo 5 en materia de régimen municipal disponiendo que «cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero».

Por razones históricas vinculadas con el modo en que la Argentina alcanzó su organización nacional a partir de la preexistencia de las provincias, la regla bajo la cual estas aceptaron unirse al amparo de un texto constitucional es que conservan todo el poder que no delegaron en la Constitución al gobierno federal.

Señala el art. 121 CN: «Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación».

El artículo 122 CN agrega: «Se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia, sin intervención del Gobierno federal».

La reforma constitucional de 1994 modificó el texto del originario art. 106 CN, reemplazándolo por el siguiente: «Artículo 123.- Cada provincia dicta su propia Constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5 asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero». Como se advierte, la reforma de 1994 robusteció la premisa de la autonomía municipal como mandato constitucional.

## **II. COMPETENCIAS AMBIENTALES DE LA NACIÓN Y DE LAS PROVINCIAS**

Expuesto el perfil institucional del municipio argentino, comenzaremos a aproximarnos al tema que nos ocupa, a saber, la determinación del ámbito de competencias municipales en materia ambiental. El primer paso, imprescindible, es exponer la cuestión del deslinde de competencias en la materia entre la Nación y las provincias, a la luz del nuevo art. 41 de la Constitución Nacional.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> En el texto sancionado en 1853 el artículo disponía: «Las constituciones provinciales serán revisadas por el Congreso antes de su promulgación». El Congreso era el Congreso de la Nación. Ese severo condicionamiento impuesto a las provincias fue eliminado en la reforma constitucional de 1860.

<sup>4</sup> «Art. 41 CN: Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin

Adelantemos que ese deslinde es complejo. Como lo pondrá de resalto la jurisprudencia que expondremos, es frecuente el cuestionamiento de las facultades municipales en la materia, tanto sosteniendo el interesado que la competencia ejercida por el municipio era en rigor provincial o que era nacional (federal).

El nuevo artículo 41<sup>5</sup> consagra explícitamente el derecho al ambiente sano e incorpora un especial modo de reparto de competencias entre la Nación y las Provincias en materia ambiental. La nueva norma dice en lo pertinente: «Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales».

Cabe a esta altura mostrar brevemente el estado de la doctrina respecto de la interpretación de la cuestión bajo el sistema constitucional anterior a la incorporación del art. 41 CN.

Para ello debemos apuntar que en el esquema constitucional argentino en el que, como se vio, las provincias aceptaron «constituir la unión nacional»<sup>6</sup> conservando todas las competencias que expresamente no delegaron en la Nación, la tipología de facultades federales y provinciales registra, por lo dicho, las siguientes tres categorías: (a) facultades delegadas por las Provincias al Gobierno Federal; (b) facultades reservadas por las Provincias y (c) facultades «concurrentes», que pueden ejercer tanto las Provincias como la Nación.

Interpretando el sistema anterior al nuevo art. 41 CN sostuvo Marienhoff que el poder de policía ambiental era una facultad concurrente.<sup>7</sup> Fue Pedro Frías quien insistió

---

comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos».

<sup>5</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de resaltar el hondo significado jurídico de la nueva cláusula. Dijo la Corte: «El reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir; supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente» (CSJN, 20.06.06, M. 1569.XL. ORIGINARIO. «Mendoza, Beatriz Silvia y otros c./Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo)». Ver nuestro análisis de la sentencia definitiva del 08.07.08 en Lago, Daniel H., «El caso Mendoza: de la construcción del proceso a la sentencia de recomposición» (Revista de Derecho Ambiental. Número 16, Octubre/Diciembre 2008, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 64-75).

<sup>6</sup> El Preámbulo de la Constitución Nacional expresa que uno de los propósitos de los representantes de las Provincias al reunirse en Congreso General Constituyente y sancionar la Constitución era el de «constituir la unión nacional».

<sup>7</sup> Marienhoff, Miguel S., «Expropiación y urbanismo», La Ley T. 1981-C, sección doctrina, p. 913.

con profundidad de análisis y pasión inalterada, en la necesidad de interpretar que en materia ambiental el único sistema admisible bajo la Constitución exigía la «concertación» entre las Provincias y la Nación. Su propuesta se llamó, así, la de un «federalismo de concertación».<sup>8</sup>

Decía Frías, después de destacar la «misión augusta» que le cabe al gobierno nacional como promotor de la convergencia de todas las provincias al bien común, que la autoridad federal está en condiciones de «percibir el problema global sin la limitación de la frontera interior».<sup>9</sup>

### III. LAS NORMAS DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS DE PROTECCIÓN

El nuevo art. 41 CN incorpora, al realizar el deslinde de facultades entre la Nación y las Provincias, un nuevo tipo de norma, hasta entonces desconocido en nuestro ordenamiento: las «normas de presupuestos mínimos de protección ambiental», que corresponde a la Nación dictar.

La norma de presupuesto mínimo de protección tendrá vigencia en todo el territorio de la Nación y así proveerá una tutela uniforme y común en todas las Provincias y la Ciudad de Buenos Aires.

Hasta aquí el lector podrá preguntarse qué tiene esto de nuevo si lo mismo ocurre con los Códigos (Civil, Comercial, Penal, etc.) que sanciona el Congreso desde el texto histórico de la Constitución de 1853 hasta nuestros días. Pues bien, la diferencia es profunda. En el caso de estos códigos, que el Congreso sanciona en ejercicio de la competencia que le asigna el actual art. 75 inc. 12 CN (antes art. 67, inc. 11), las Provincias, como casi resulta obvio aclarar, no pueden modificar su contenido. No podría la Provincia de Tucumán disponer que la mayoría de edad se alcance en su territorio o para quienes han nacido en él, a una edad diferente de la establecida en el Código Civil.

Sería igualmente inconstitucional que la Provincia de Misiones dispusiera, modificar las penas previstas para los delitos en el Código Penal de la Nación. En cambio, la Provincia de Salta puede modificar («complementar», en el lenguaje del art. 41 CN) lo dispuesto en una norma de presupuestos mínimos sancionada por el Congreso de la Nación en virtud de la competencia «novedosa» atribuida por la norma constitucional citada.

Ahora bien, la *complementación* solo puede ir en el sentido de aumentar la protección deparada por la norma de presupuestos mínimos; jamás en el de disminuirla. Así, la norma de presupuestos mínimos opera como un piso inderogable de tutela ambiental común para todo el país.

<sup>8</sup> Frías, Pedro J. «El sistema de competencias en derecho ambiental», *Derecho empresario*, T. IV, p. 195, entre otros trabajos.

<sup>9</sup> Frías, Pedro J. «Federalismo como sistema», en *Derecho público provincial* (obra colectiva), Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 391.

El Congreso de la Nación comenzó solo en 2002 a sancionar normas de presupuestos mínimos de protección. La más trascendente es la Ley 25.675 o Ley General de Ambiente (LGA).

## IV. LA CORTE SUPREMA INTERPRETA EL NUEVO REPARTO DE COMPETENCIAS

### 1. El caso «Roca»

Sancionado el nuevo art. 41 CN por la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) debió resolver el caso «Roca»<sup>10</sup> en el que la actora demandó a la Provincia de Buenos Aires directamente ante la Corte, invocando su competencia originaria, de modo de evitar transitar las sucesivas instancias judiciales que integran el Poder Judicial de la provincia demandada.

La señora Roca cuestionaba la constitucionalidad de una ley de la provincia que homologaba un convenio celebrado entre la Provincia y una empresa, para construir una muralla de treinta km de largo costa afuera, sobre el Río de la Plata (que baña las costas de la Argentina y de la República Oriental del Uruguay), con el propósito de ganar tierras al río, recuperarlas y sanearlas y preservar la zona de las crecientes del río (las «sudestadas»).

Sostenía Roca que la muralla alteraría los límites de la costa argentina vulnerando así el Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo celebrado por ambos países. Roca alegó la violación del art. 31 CN que establece la primacía de los tratados internacionales sobre el derecho provincial.<sup>11</sup> Apuntó también que la Provincia se había arrogado la facultad privativa de fijar los límites del territorio nacional del Congreso de la Nación (art. 75 inc. 15 CN).<sup>12</sup>

Pero al discurrir sobre los efectos de la posible construcción del muro, la actora se exhibió sobre sus consecuencias «no jurídicas». Dijo, en ese sentido, que la muralla modificaría negativamente el ecosistema de la costa argentina afectada.

La Corte se apoyó en ese agravio de la actora para encontrar que debajo de los argumentos fundados en la violación de competencias federales, que podrían constituir lo que en el derecho procesal constitucional argentino se denomina «cuestión federal»<sup>13</sup> yacía el verdadero núcleo del embate de la actora, que era de estricto corte ambiental.

---

<sup>10</sup> CSJN, 16.05.95, Roca, Magdalena v. Provincia de Buenos Aires (Fallos 318:992; Jurisprudencia Argentina, 1995-IV, p. 64).

<sup>11</sup> «Art. 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales».

<sup>12</sup> «Art. 75. Corresponde al Congreso: 15. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias».

<sup>13</sup> La existencia de una cuestión federal como preponderante para la decisión de la causa y la presencia en el juicio, como parte sustancial, de una Provincia, hacen surgir la competencia originaria de la Corte.

Señaló el tribunal: «Que a pesar del intento efectuado por la actora para justificar la jurisdicción originaria de esta Corte, sobre la base de la cuestión federal que propone, resulta claro que no es ésa la predominante en la causa, sino la ambiental». Continuó la Corte: «Que ello trae aparejado que sean las autoridades administrativas y judiciales del Estado de la Provincia de Buenos Aires las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo es todo lo concerniente a la protección del medio ambiente. En efecto, corresponde reconocer en las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, como asimismo valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades en el ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido. Tal conclusión cabe extraerla de la propia Constitución la que, si bien establece que le cabe a la nación “dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección”, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas» (artículo 41, tercer párrafo de la Constitución Nacional).

El recordado constitucionalista Germán Bidart Campos explicó el nuevo reparto de competencias en sentido coincidente con la doctrina de «Roca», diciendo que «la reforma ha reconocido implícitamente que cuidar el ambiente es responsabilidad prioritaria del poder que tiene jurisdicción sobre él, lo que equivale a asumir la regla de que la jurisdicción es, como principio, local, provincial y municipal».<sup>14</sup>

Por nuestra parte, señalamos que la decisión de «Roca» se produjo en un *caso fácil*. Se trataba, en efecto, de definir solo si la Corte era competente en instancia originaria o si, por el contrario, el pleito debía tramitar ante los tribunales provinciales de la Provincia de Buenos Aires.

Tan así es, que el núcleo del argumento de la Corte es que no existía en el caso un verdadero conflicto entre la decisión provincial y las facultades nacionales (no existía «cuestión federal»). La doctrina de «Roca» tiene así, en nuestra opinión, un marcado condicionamiento dado por el contexto de la decisión. El caso «difícil» sobrevino poco después.

## 2. El caso Litsa

Poco tiempo después de dictar sentencia en el caso Roca, la CSJN debió hacerlo en un caso mucho más complejo. Se trató del juicio que inició la empresa Litsa contra la provincia de Corrientes.<sup>15</sup> Litsa había obtenido una concesión de la autoridad federal para construir y operar una línea de transporte de electricidad que atravesaba el territorio de varias provincias. En una parte de su recorrido la línea atravesaba la provincia de Corrientes.

Estando la obra en pleno avance la legislatura de Corrientes sancionó una ley que modificaba el recorrido de la línea con el declarado propósito de impedir o atenuar impactos

<sup>14</sup> Bidart Campos, Germán J. «La reforma constitucional de 1994», *Tratado elemental*, t. VI, número 47, Ediar, Buenos Aires, 1995.

<sup>15</sup> CSJN, 18.11.99, Líneas de Transmisión del Litoral S.A. (Litsa) c./Corrientes, Provincia de s/acción declarativa (Fallos 322:2862).

negativos sobre un ecosistema correntino de innegable singularidad (los «Esteros del Iberá»). Litsa demandó solicitando a la CSJN que declarara inconstitucional la norma provincial.

En su sentencia, la CSJN comenzó por destacar que la actividad de transmisión de electricidad en la medida en que trasciende las fronteras de una provincia<sup>16</sup> está regida por un marco regulatorio federal, con sustento en el art. 75 inc. 13 de la CN que contiene la denominada *cláusula del comercio*<sup>17</sup> y en el propósito del Preámbulo de la CN de promover el bienestar general.

La Corte pasó entonces a subrayar que según el referido marco regulatorio federal, la jurisdicción nacional sobre el servicio público de transmisión de electricidad prestado por Litsa incluye «las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional».

En rigor, la provincia de Corrientes no había desconocido la competencia federal en materia de regulación del sistema eléctrico. Ella alegaba, en cambio, que la ley protectora que Litsa impugnaba constituía el válido ejercicio de su poder de policía ambiental, pues no interfería con la competencia federal para regular los aspectos puramente energéticos de la actividad del sector eléctrico federal (cfr. resultando III de la sentencia).

Frente a ese serio planteo, la Corte debió analizar la norma provincial teniendo presente el reparto de competencias en materia ambiental contenido en el nuevo art. 41 CN. La Corte señaló:

Es necesario tener presente que la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, por lo que las normas constitucionales que rigen el caso deben ser interpretadas de modo tal que se desenvuelvan armónicamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en detrimento de las facultades provinciales y viceversa [...] pero sin perder de vista que las provincias [...] deben observar una conducta que no interfiera ni directa ni indirectamente con la satisfacción de servicios de interés público nacional. Las facultades provinciales, por importantes

<sup>16</sup> En una sentencia posterior la Corte tendría oportunidad de aclarar que también queda sujeta a la regulación federal una línea de transporte de alta tensión que integra el Sistema Argentino de Interconexión aunque la totalidad de su recorrido se mantenga dentro del territorio de una provincia (CSN, 14.03.06, E.167.xxxvii - Ente Regulador de la Electricidad de la Pcia. de S.E. c/ resoluciones 535/97 - 1108/97 - E.N.R.E. - (Exp. 1232/95 - 3492/97) y otro).

<sup>17</sup> «Art. 75: Corresponde al Congreso: 13. Reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí». El texto en su actual redacción proviene de la reforma de 1994. El anterior, numerado como Art. 67, inciso 12 decía: «Corresponde al Congreso: Reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí». La limitación al comercio marítimo y terrestre resultaba anacrónica por incompleta, (cf. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. 3ª edición, La Ley. Buenos Aires, p. 680), dado el amplio alcance que la jurisprudencia de la Corte Suprema dio tradicionalmente al término «comercio», siguiendo a la Corte de los Estados Unidos. En «LITSA», la Corte citó sus precedentes de Fallos 305:1847 en el que calificó como comercio al servicio público de electricidad interconectado y de Fallos 304: 1186 en el que había hecho lo propio con el servicio público de telefonía nacional.



y respetables que sean, no justifican la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás estados autónomos y de la Nación toda [...] (considerando 7).

Retomando la línea de «Roca», la Corte dijo que «no cabe desconocer las facultades que en el derecho ambiental le corresponden a cada uno de los estados», pero agregó que el marco regulatorio federal ya tenía atribuidas facultades de protección ambiental a las autoridades federales que instituía, quienes —señaló— habían ejercido esas facultades tomando en cuenta los aspectos ambientales involucrados en la definición del recorrido de la línea.

Analizando el efecto de la ley provincial sobre el proyecto que ejecutaba Litsa, la Corte encontró que «las disposiciones dictadas (por la provincia) sobre la base del poder de policía que se atribuye la provincia de Corrientes interfieren las facultades que le corresponden al Estado nacional para la concreción del servicio público nacional regido por normas del mismo alcance» (considerando 11). Agregó, en otro pasaje, que «la policía ambiental no debe escapar a las condiciones exigibles a toda facultad concurrente, esto es, no resultar incompatible con el fin nacional perseguido, que debe prevalecer» (considerando 12).

Por tanto, la Corte aplicó su tradicional doctrina en materia de facultades concurrentes, según la cual cuando entre la norma local y la nacional existe una «directa y absoluta incompatibilidad, una repugnancia efectiva», es la autoridad federal la llamada a prevalecer.<sup>18</sup>

En el caso, pues, la Corte invalidó la norma provincial que pretendía imponer una modificación de la traza. Sin embargo, declaró constitucional un artículo de la ley provincial impugnada: el que obligaba a Litsa a implantar una «cortina arbórea» que mitigara el impacto visual negativo causado por las torres de la línea de transmisión.

El razonamiento de la Corte para eximir a esa prescripción de la declaración de invalidez constitucional fue que ella «el ejercicio de la competencia específica de la provincia en el plano ambiental y que solo sería pasible de reproche si la exigencia (de implantar la cortina arbórea) importara modificar el trazado de la línea» (considerando 14).

La Corte finalizó su tarea con una consideración de suma importancia al señalar que su sentencia no impedía a la Provincia plantear al Estado Nacional las modificaciones de la traza que estimare recomendables y convenientes. Y agregó:

[E]llo sería, en todo caso, la aplicación de la política de concertación antes recordada, que los estados provinciales y el Estado nacional han entendido necesaria, como lo prueba el acuerdo conocido como Pacto Federal Ambiental, donde se acordó que «los Estados signatarios reconocen al Consejo Federal de Medio Am-

<sup>18</sup> CSJN, Fallos 3: 131; 137:212, entre muchos otros.

biente como un instrumento válido para la coordinación de la política ambiental en la República Argentina (considerando 13).<sup>19</sup>

Se trata de una clara invocación del denominado *federalismo de concertación*, que ya había sido recibido en la doctrina de la Corte.<sup>20</sup>

## V. COMPETENCIAS MUNICIPALES

Hemos llegado al núcleo del presente trabajo. Al describir, sin pretensión de exhaustividad, las competencias ambientales de los municipios argentinos, veremos que algunas no generan controversia alguna. Otras, en cambio, son materia de reiterados conflictos judiciales.

Señalemos, en primer lugar, que el nuevo art. 41 CN que tantas veces hemos citado, impone deberes diversos en materia ambiental a las autoridades y que en esa expresión hallan cabida las tres ramas del gobierno, tanto en el nivel nacional, como en el provincial y en el municipal.

De tal suerte, es innegable que la nueva norma refuerza las tradicionales competencias que corresponden al municipio argentino en temas de salud y salubridad, hoy traducidas en expresiones más actualizadas como «control de la contaminación o preservación ambiental o garantía de desarrollo sustentable», que aparecen con frecuencia en las más modernas normas sancionadas por las Provincias o por los propios municipios.

### I. Legitimación activa en materia de daño ambiental colectivo

Un ámbito en el que la actuación de las municipalidades prácticamente no encuentra reparos es el de la promoción de acciones judiciales frente a la ocurrencia del daño ambiental colectivo.

La regulación de la respuesta ante el daño ambiental colectivo está contenida en la LGA (arts. 27 a 33 inclusive). La LGA define al daño ambiental colectivo como «toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos» (artículo 27).

El artículo 30 de la LGA dispone que «producido el daño ambiental tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del

---

<sup>19</sup> El Pacto Federal Ambiental fue suscripto el 05.07.93. Su objetivo primordial fue promover políticas ambientalmente adecuadas en todo el territorio nacional, estableciendo Acuerdos Marcos entre los Estados Federales (las Provincias) y entre estos y la Nación teniendo como referencia a los postulados del Programa 21 aprobado en la CNUMAD '92. El art. II reconoce al Consejo Federal de Medio Ambiente (Cofema) como un instrumento válido para la coordinación de la política ambiental en la República Argentina. Años más tarde, la ley general del ambiente (L. 25.675) ratificaría el Acta constitutiva del Cofema y el Pacto Federal Ambiental.

<sup>20</sup> CSJN, Fallos 322:1781, considerando 4, p. 1789.

Pueblo<sup>21</sup> y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional<sup>22</sup> y el Estado nacional, provincial y municipal».

En el sonado caso «municipalidad de Magdalena c./ Shell»,<sup>23</sup> el municipio actor demandó a raíz del derrame de petróleo ocurrido como resultado de la colisión del buque tanque que lo transportaba, con otro navío. El petróleo llegó a la costa a la altura de la Ciudad de Magdalena y causó daños ingentes a la fauna y flora tanto acuática como terrestre en una extensión de 15 km de costa. La municipalidad demandó a los propietarios y armadores de ambos buques. Entendiendo que el petróleo derramado constituye un residuo peligroso, sujeto a legislación especial, tanto nacional (Ley 24.051) como provincial (Ley 11.720), reclamó al tribunal que se condenara a los responsables a realizar todas las tareas de disposición del residuo, conforme lo que prescriben las citadas normas.

Un caso especial es el de la pretensión de resarcimiento del «daño moral colectivo». La LGA, como vimos, incluye en la noción de daño ambiental colectivo la afectación de «bienes o valores colectivos».<sup>24</sup> Cuando se da esta hipótesis, cabe preguntarse si además de la recomposición o restitución *in natura* del bien afectado procedería una indemnización monetaria, acumulativa y quién sería su acreedor. Esto último cobra relevancia porque la regulación del daño ambiental colectivo en la LGA prevé que la indemnización proceda solo si es imposible la recomposición y, en ese caso, que el monto correspondiente no sea atribuido al pretensor sino a un Fondo de Compensación Ambiental.<sup>25</sup>

El tema se planteó en el caso «municipalidad de Tandil».<sup>26</sup> Un ómnibus de transporte público embistió y destruyó el grupo escultórico *Las Nereidas*, uno de los bienes culturales

<sup>21</sup> El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación (art. 86 CN).

<sup>22</sup> «Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización».

<sup>23</sup> Cámara Federal de La Plata, Sala II, 20.07.01, Municipalidad de Magdalena c./ Shell C.A.P.S.A. y otros (resolución sobre competencia).

<sup>24</sup> «Art. 27. Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos».

<sup>25</sup> «Art. 28. El que cause el daño ambiental será objetivamente responsable de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente, deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente, el cual será administrado por la autoridad de aplicación, sin perjuicio de otras acciones judiciales que pudieran corresponder».

<sup>26</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, 22.10.96 Municipalidad de Tandil c / Transportes Automotores La Estrella S.A. y otro s/daños y Perjuicios. (Microiuris: MJ-JU-E-12493-AR | EDJ12493 | EDJ12493).

y paisajísticos de la Ciudad de Tandil. La municipalidad demandó el resarcimiento de los daños materiales causados pero también reclamó, en representación de la comunidad, la indemnización del «daño moral colectivo» constituido por la privación del goce estético de un componente fundamental del patrimonio cultural tandilense. El tribunal hizo lugar al reclamo, expresando que la municipalidad, dueña y guardiana de la escultura «resarce a través suyo el daño extrapatrimonial de toda la colectividad afectada porque, aunque difuso o fragmentado, se tutela un derecho general, de incidencia colectiva, que el Estado debe preservar en consonancia con la postura del resarcimiento pleno del daño injustamente causado».

Interesa destacar que la sentencia ordenó que la suma que por tal concepto recibiría la comuna fuera destinada a un patrimonio de afectación para las obras de ornato y salubridad del presupuesto municipal.

## **2. Obligación de proveer información ambiental**

El art 41 CN impone a las autoridades, entre las que están indudablemente comprendidas las de los gobiernos provinciales y municipales, la obligación de «proveer a la información y educación ambientales».

En el plano nacional, el Congreso sancionó la Ley 25.831 de Presupuestos Mínimos de Acceso a la Información Ambiental. En la Ciudad de Buenos Aires, su legislatura sancionó primero una Ley general de información pública (Ley 104) y luego una ley específicamente destinada a garantizar el acceso a la información ambiental (Ley 303).

La Provincia de Buenos Aires introdujo la obligación de informar instituyendo un Sistema Provincial de Información Ambiental en su Ley marco (L. 11.723).<sup>27</sup>

La jurisprudencia se ha encargado de imponer a las municipalidades, en ciertos casos, la obligación de informar a su comunidad sobre circunstancias relevantes vinculadas con la situación de hecho materia del litigio.

Así ocurrió, por ejemplo, en el caso Fundación Ecosur.<sup>28</sup> El precedente es doblemente interesante, en cuanto no solo muestra la imposición de la obligación de informar, sino que también ilustra sobre la responsabilidad por omisión del ejercicio del poder de policía ambiental.

La actora inició juicio de amparo contra la municipalidad de Vicente López y contra la Provincia de Buenos Aires imputándoles la omisión del ejercicio de su poder de policía para poner fin a la contaminación producida por la empresa Diacrom S. A., a la que citó como tercero a la causa.

---

<sup>27</sup> Ver Lago, Daniel «Derecho a la información y participación comunitaria en la ley ambiental de la Provincia de Buenos Aires» (*Revista Jurisprudencia Argentina*, Número Especial, 9.10.96).

<sup>28</sup> SCBA, 28.12.10, Fundación Ecosur Ecología Cultural y Educación desde los Pueblos del Sur c./ Municipalidad de Vicente López y ot. s/amparo-recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

En la sentencia de segunda instancia, que fue confirmada por la SCBA, se dispuso

(i) Requerir a la Provincia la elaboración de un programa de recomposición ambiental y la realización de un relevamiento ambiental de agua subterránea, acuíferos y suelo, con cargo a la empresa Diacrom; (ii) Ordenar a la Provincia implementar un sistema de información al público en general —vía Internet— en base al principio de publicidad de los actos de gobierno y al derecho fundamental de acceso a la información y participación ciudadana<sup>29</sup>, que deberá contener en forma clara y accesible los datos suficiente sobre el estado actual de la contaminación, lo concerniente al plan de recomposición, cumplimiento de metas, conforme al cronograma; (iii) Exigir a la Provincia, en concurrencia con el Municipio, que implementen un sistema de información a la población de la región afectada (por opuesto al «público en general», mencionado en (i)), que posibilite el acceso a esa información para aquellos que no tengan disponibles medios digitalizados.

Agrega la sentencia que para cumplir este punto, la provincia y la municipalidad evaluarán la posibilidad de

implementar un sistema de comunicación personalizada; y (iv) Intimar a la Municipalidad —en concurrencia con la autoridad provincial— a controlar en el marco de su competencia las condiciones de salubridad de la zona, el cumplimiento de la prohibición del vertido de efluentes y gases contaminantes a la atmósfera, así como a coordinar un sistema de información pública sobre el estado actual de contaminación y su evolución en las etapas de saneamiento ambiental.

Esta decisión responde a la voluntad del tribunal de afirmar el derecho de la comunidad a estar informada y a participar en las cuestiones ambientales que le atañen. Ello encuentra apoyo, como vimos, en el art. 41 CN, en el artículo 2, incisos *c* e *i*, y artículos 16 a 18 de la LGA y, en la provincia de Buenos Aires, en la Ley marco ambiental 11.723 que dedica un capítulo a la creación del Sistema Provincial de Información Ambiental.

En el caso «Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata», la actora demandó a la municipalidad de Tigre imputándole responsabilidad en la contaminación de agua subterránea con filtraciones de hidrocarburos. Pretendió que se condenara al municipio a proveer agua potable a los habitantes, a rastrear las causas de la contaminación y a publicitar los hallazgos a la comunidad.

El tribunal resolvió del siguiente modo: rechazó la pretensión de entrega de agua potable. Para ello recordó que el suministro había sido concesionado por el Estado Nacional a una empresa privada. Sin embargo, indagó en el alcance del poder de policía,

<sup>29</sup> El art. 41 CN prevé que las autoridades «proveerán a la información y educación ambientales». El art. 2 de la LGA dispone son objetivos de la política ambiental nacional: «(c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión. i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma». Los arts. 16 a 18 de la LGA desarrollan la regulación básica en torno a la información ambiental. Finalmente, la Ley 25831 es la «norma de presupuestos mínimos de acceso a la información ambiental».

como facultad y como deber del municipio, a la luz de la Ley Orgánica de Municipalidades de la Provincia.

Señaló el Tribunal que aunque de esa ley se desprende, literalmente, que el deber de prevenir la contaminación ambiental incumbe a la rama legislativa de las municipalidades, cabe aseverar que el poder de policía también se ejerce a través de «la adopción de aquellas medidas preventivas» tendientes a evitar la contaminación.

Así enmarcados los deberes del municipio demandado, el tribunal encontró probada su diligencia frente a las denuncias de los vecinos, expresada en gestiones ante autoridades provinciales e inclusive en la promoción de denuncias penales. Por ello, rechazó la imputación de omisión de ejercicio del poder de policía.

En cuanto al último capítulo de la pretensión, el tribunal hizo lugar al reclamo ordenando al municipio dar «debida difusión» sobre la contaminación en la zona.

### **3. Obligación de legislar**

El caso «Sociedad de Fomento de Cariló»<sup>30</sup> exhibe el rasgo singular de que la justicia condenó a un municipio a dictar normas de protección ambiental que implementaran los lineamientos y objetivos de una ley provincial.

La provincia de Buenos Aires había sancionado la Ley 12.099 declarando de interés provincial el paisaje y el desarrollo ecoturístico de la localidad denominada «Parque Cariló».

La municipalidad de Pinamar (en cuyo ejido se encuentra Cariló) desoyó la norma provincial. En lugar de dictar normas que adecuaban sus regímenes de edificación, apertura de calles, etcétera, a la declaración protectora contenida en la ley de la Provincia, siguió aplicando ordenanzas previas a la ley provincial.

De ello resultaron acciones destructivas del ámbito que la Provincia decidió proteger: modificaciones de niveles originarios de calles, extracción de arenas de médanos, destrucción de árboles sanos y añosos y otros nocivos efectos ambientales.

La actora, constituida por un grupo de «devotos» del ambiente prístino de Cariló en el que la mayoría de ellos tenían casas de veraneo, inició un amparo contra la municipalidad de Pinamar. En fallo dividido, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires hizo lugar a la demanda y ordenó a la municipalidad que, con medidas concretas, diera inmediato cumplimiento a lo dispuesto en la Ley provincial 12.099, adoptando todos los mecanismos, procedimientos y recaudos necesarios para que la vigencia de aquella norma protectora no se viera desplazada por la aplicación de cri-

---

<sup>30</sup> SCBA, 29.05.02, Sociedad de Fomento de Cariló c/Municipalidad de Pinamar (La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 923).

terios anteriores a su dictado, que pongan o puedan poner en peligro el paisaje protegido de la localidad de Parque Cariló.

#### **4. Preservación del recurso agua**

En esta área, son frecuentes las impugnaciones a la actuación municipal, fincadas en la atribución de competencia a la Provincia o a la Nación.

##### **a) Municipalidad de Moreno (provincia de Buenos Aires)**

En el caso «NT ECO IN SIS SRL c/Municipalidad de Moreno»,<sup>31</sup> la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA) rechazó la impugnación dirigida contra una Ordenanza Municipal que había prohibido la instalación, operación y uso de todo sistema de disposición de efluentes líquidos residuales de mediante su inyección en el subsuelo.

La impugnante sostuvo que la competencia para dictar normas en materia de salud pública le correspondía en forma exclusiva a la Nación. El Tribunal subrayó, en primer lugar, y en el plano fáctico, que las circunstancias que llevaron a la sanción de la Ordenanza se centraron en que la autoridad municipal verificó que el sistema de inyección de efluentes cloacales en el subsuelo resulta contaminante de las aguas subterráneas y, por ende, del ambiente.

En cuanto al cuestionamiento de la competencia del municipio para dictar la Ordenanza, la SCBA dijo que ella surge de la Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires (Decreto-Ley 6769/1958). Recordó que en su art. 27 inc. 17 dedicado a la «competencia, atribuciones y deberes» de los Concejos Deliberantes, la citada ley prevé que les corresponde la sanción de ordenanzas y disposiciones a los fines de reglamentar «la prevención [...] (de) la contaminación ambiental y de los cursos de agua y aseguramiento de la conservación de los recursos naturales».

##### **b) Municipalidad de Córdoba (provincia de Córdoba)**

Un planteo similar se observa en el caso «Galvanotécnica Córdoba vs. Municipalidad de Córdoba»,<sup>32</sup> en el que una empresa impugnó las facultades de la municipalidad para someterla a un procedimiento administrativo que concluyó con la imposición de una multa y el mantenimiento de la clausura del local por parte de la Justicia de Faltas del municipio demandado.

La imputación fundamental contra la empresa se fundó en que vertía sus efluentes en condiciones antirreglamentarias en río Suquía. La empresa alegó que el municipio carecía de competencia para ejercer el poder de policía respecto de vertidos a cuerpos receptores que fueran de dominio público de la Provincia como lo era el río Suquía. Según la empre-

<sup>31</sup> SCBA, 12.10.11. NT ECO IN SIS S.R.L. c/ Municipalidad de Moreno s/Amparo.

<sup>32</sup> Cámara Primera en lo Contencioso Administrativo de Córdoba, 29.06.10.

sa, esa competencia era exclusiva de la Provincia, a través de la Dirección Provincial de Agua y Saneamiento (Dipas).

El tribunal cordobés razonó así. El río Suquía, efectivamente, es provincial. Sin embargo, sostuvo, el poder de policía sobre la calidad de su agua y su protección son concurrentes entre la provincia y los municipios que el río atraviesa.

La sentencia acude a varios fundamentos normativos. Señala que la Ley 8548 orgánica de la Dipas le encomienda «coordinar, para la defensa del medio ambiente, sus acciones con las de los municipios y comunas de la provincia» (artículo 3, inciso *r*). Apela luego a diversas normas de la Constitución de la provincia. Sigue con la norma que otorga «competencia ambiental» a los municipios cordobeses.

Repara en el artículo 186 que consigna, entre otras funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal, la de atender las materias de salubridad, salud, higiene, protección del medio ambiente, equilibrio ecológico y polución ambiental.

Luego, el tribunal dirigió su atención a la Carta Orgánica de la Ciudad de Córdoba. Encontró que el artículo 9 reconoce a los vecinos el derecho a la salud, al ambiente sano y al desarrollo sustentable y que, como correlato de esos derechos, el artículo 28 impone al municipio el deber de asegurar a sus vecinos un ambiente sano y equilibrado que asegure la satisfacción de las necesidades presentes, sin comprometer las de generaciones futuras.

Como se aprecia, el tribunal detectó un entramado de normas que permitía rechazar el argumento de la actora según el cual solo la Provincia tendría competencias ambientales. Surge de los preceptos citados que, en cambio, tanto el constituyente provincial como la Carta Orgánica municipal diseñaron un sistema de coordinación de facultades concurrentes.

## **5. La competencia en materia de edificación como sustento de la competencia para el control de la calidad de efluentes cloacales**

En el caso «Las Delicias»<sup>33</sup>, la actora administraba un complejo residencial o barrio cerrado. La Municipalidad de Córdoba le impuso una multa por verter los efluentes cloacales provenientes de las viviendas del complejo, con valores superiores a los permitidos por la normativa provincial y municipal. La empresa impugnó la actuación municipal, alegando que solo la Provincia, a través de su Dirección de Agua y Saneamiento (DAS), tenía competencia para controlar el tenor de sus vertidos.

---

<sup>33</sup> Cámara Primera de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Córdoba, 16.04.10, Las Delicias S.A. v. Municipalidad de Córdoba.



El Tribunal rechazó la queja y sostuvo que en materia ambiental existe en la Provincia de Córdoba una necesaria coordinación entre los niveles provincial y municipal y citó la Constitución de la Provincia y la Carta Orgánica de la Ciudad de Córdoba.

Agregó que la Ley provincial 8548 de creación de la DAS preveía entre sus funciones la de «coordinar sus acciones con las de municipios y comunas provinciales para la defensa del ambiente». Se apoyó también en normas municipales. Recordó que puesto que el Código de Edificación contenía normas específicas sobre las condiciones de vertido de líquidos residuales domiciliarios, era evidente la competencia del municipio para regular la cuestión respecto de la urbanización administrada por la actora y sujeta al mencionado Código.

Hizo, además, una reflexión por completo razonable, sosteniendo que si el deficitario funcionamiento de una planta de tratamiento de efluentes dentro del ámbito de competencia municipal produce una degradación ambiental en su ejido, no puede entenderse que el hecho de que el organismo provincial (DAS) tenga incumbencia sobre el tema, pueda, como lo propugna la actora, desplazar al municipio e impedir sus acciones. Es que, por una parte, el organismo provincial está obligado a coordinar sus acciones con los municipios y comunas y, por otra, el municipio ejerce sus legítimas competencias como ente autónomo en lo institucional, político, administrativo, económico y financiero con idéntico objetivo de conservación ambiental.

## 6. Regulación ambiental de la actividad hidrocarburífera

Así como en el caso Litsa se debatió la cuestión de la competencia provincial para proteger el ambiente frente a la competencia de la autoridad nacional (federal) en el marco del régimen federal eléctrico, se ha discutido judicialmente la competencia de un municipio para proteger su ambiente frente al desarrollo de la explotación hidrocarburífera enmarcada por normas nacionales y provinciales.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro debió resolver el planteo formulado por la Provincia contra la Municipalidad de Allen, en el que postulaba la inconstitucionalidad de una ordenanza sancionada por el municipio demandado, que había prohibido dentro del ejido de la ciudad la utilización del método de fractura hidráulica, *fracking* o estimulación hidráulica para la explotación de hidrocarburos.

El Superior Tribunal hizo lugar al planteo y declaró que la Provincia tiene competencia exclusiva para legislar en materia hidrocarburífera y que, en consecuencia, la Ordenanza cuestionada era inconstitucional. El tribunal se valió de los siguientes argumentos: razonó que el «bloque normativo compuesto por los arts. 121<sup>34</sup> y 124<sup>35</sup> de la Constitución

<sup>34</sup> «Art. 121: Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación».

<sup>35</sup> «Art. 124: Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio».

Nacional, 79 de la Constitución Provincial<sup>36</sup> y la Ley 26.197<sup>37</sup> asignan a la autoridad provincial la capacidad de regular todo lo atinente a la explotación de los hidrocarburos que forman parte de su dominio originario».

Agregó que la municipalidad había excedido sus competencias que, aunque amplias, encuentran límite material en los ámbitos que le son propios. En ese sentido, dijo, si bien los municipios ejercen en su ámbito territorial las facultades de policía ambiental, deben hacerlo sin invadir la esfera de competencias provinciales. De allí —dijo— que prohibir en forma absoluta una práctica de explotación de hidrocarburos es una interferencia directa e inmediata con el ejercicio de las atribuciones constitucionales de la Provincia.

## 7. Prohibición de fumigación con agroquímicos

En la provincia de Santa Fe rige una ley provincial y su decreto reglamentario que regulan la fabricación y comercialización de productos fitosanitarios. La ley prevé que el Gobierno provincial debe formalizar convenios con las municipalidades para reglar el registro y matriculación de equipos terrestres y la habilitación de los locales destinados a la comercialización de productos fitosanitarios.

Un grupo de vecinos inició una acción judicial alegando que los demandados fumigaban sus campos sin respetar las distancias mínimas previstas por la citada legislación. Accionaron contra los autores de las fumigaciones, contra la Provincia de Santa Fe y también contra la Municipalidad de la zona, imputando a estas últimas el incumplimiento de presuntas obligaciones que a cada una le incumbirían según lo previsto en la legislación de marras, pero también por aplicación general del «principio precautorio».<sup>38</sup>

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda contra todos los demandados. En apelación, el tribunal de alzada eximió de responsabilidad al Municipio, con base en que el régimen provincial de fitosanitarios que estaba en discusión no ponía a cargo de las municipalidades las competencias propias del poder de policía ambiental y, en especial, los deberes de inspección y fiscalización sino que todo ello permanecía sobre los hombros del gobierno provincial.

<sup>36</sup> «Art. 79 Constitución de Río Negro: Los yacimientos de gas, petróleo y de minerales nucleares existentes en el territorio provincial y en la plataforma marítima, son bienes del dominio público provincial. Su explotación se otorga por ley, por convenio con la Nación. La Provincia interviene en los planes de exploración o explotación preservando el recurso, aplicando un precio diferencial para los hidrocarburos cuando estos son extraídos en forma irracional, y asegurando inversiones sustitutivas en las áreas afectadas, para el sostenimiento de la actividad económica. La ley fija los porcentajes de los productos extraídos que necesariamente deberán ser industrializados en su territorio. La Provincia toma los recaudos necesarios para controlar las cantidades de petróleo y gas que se extraen».

<sup>37</sup> Son pertinentes las siguientes prescripciones de la ley: «Art. 1. Pertenecen a los Estados provinciales los yacimientos de hidrocarburos que se encuentren en sus territorios. Art. 2. A partir de la promulgación de la presente ley, las provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios. El diseño de las políticas energéticas a nivel federal será responsabilidad del Poder Ejecutivo nacional».

<sup>38</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, Sala II, 09/12/2010 Expediente 198. Año 2009 - Peralta, Viviana c/ Municipalidad de San Jorge y ots. s/ Amparo.

## 8. El procedimiento de evaluación de impacto ambiental

Un ámbito especialmente importante en el que ejercen su competencia los municipios es el de la realización del procedimiento de evaluación de impacto ambiental de obras y proyectos (en adelante, la EIA) en las condiciones que fijan las leyes de la provincia a la que pertenecen.

Las leyes provinciales suelen reservar para la autoridad ambiental de la Provincia la realización de la EIA de obras o proyectos de previsible mayor impacto ambiental negativo mientras que otorgan competencia a la autoridad municipal para los proyectos de menor riesgo ambiental.

Así, tomando el ejemplo de la provincia de Buenos Aires, la de mayor concentración industrial del país, advertimos que el régimen de EIA está contenido en dos normas: la Ley 11.459, que rige para los establecimientos «industriales» y la Ley 11.723 (ley marco ambiental), que instituyó la EIA para todo tipo de actividad o proyecto y consagró una norma de adecuación respecto de la EIA prevista para los establecimientos industriales en la Ley 11.459 «a fin de exigirles en un solo procedimiento el cumplimiento de las disposiciones legales referidas a esta temática».<sup>39</sup>

Veremos cómo los métodos seguidos por una y otra ley difieren en cuanto al modo de trazar la línea divisoria entre los proyectos sometidos a competencia provincial y aquellos sujetos a la competencia del municipio.

En la Ley 11.459, como veremos, el criterio del legislador para determinar la mayor o menor peligrosidad ambiental del establecimiento no se basa en listar «tipos» de proyecto u obra, cuya sola enunciación evoca su ínsito carácter riesgoso. No nos describe el emprendimiento diciendo, por ejemplo, «proyecto de generación hidroeléctrica». En lugar de ello, construye una fórmula polinómica que, aplicada a cada proyecto, determinará en qué categoría quedará instalado.

En cambio, en la posterior Ley 11.723 (Ley marco ambiental de la Provincia) el criterio es diferente y consiste, para seguir el ejemplo del párrafo anterior, en decir que un «proyecto de generación hidroeléctrica» deberá ser evaluado por la Provincia y no por el municipio. Esta segunda técnica legislativa es la que prevalece en el ordenamiento argentino.

Retomemos ahora la revisión de la competencia municipal en la EIA en la Provincia de Buenos Aires, comparando las dos leyes que rigen el tema y a las que venimos de hacer una referencia introductoria.

En la Ley 11.459 los establecimientos industriales se clasifican en tres categorías de creciente riesgo: 1ª: inocuos; 2ª: incómodos; y 3ª: peligrosos.<sup>40</sup> Para poder funcionar,

<sup>39</sup> Art. 80 de la Ley 11.723.

<sup>40</sup> La clasificación del art. 15 de la ley está expuesta en términos no cuantitativos. Empero, el art. 6 de la ley anuncia que la reglamentación fijará pautas para la ubicación de los establecimientos en las categorías

los establecimientos deben obtener un certificado de aptitud ambiental (CAA), previa realización de una EIA.<sup>41</sup>

Los municipios son competentes respecto de los establecimientos de primera y segunda categorías. Los de tercera categoría deben obtener el CAA de la autoridad provincial. En ejercicio de la atribución que les confiera la ley de la provincia a la que pertenecen, los municipios regulan a través de Ordenanzas los procedimientos de EIA, que están estrechamente vinculados con las normas sobre ordenamiento territorial y uso del suelo.

El mismo sistema de deslinde está previsto en la Ley 11.723 (la Ley marco ambiental de la Provincia) que, como vimos, abraza a todos los proyectos, obras y actividades (no solo a los establecimientos industriales, ámbito exclusivo de la Ley 11.459).

El art. 10 de la Ley 11.723, que integra el capítulo denominado «Del impacto ambiental» dispone que todos los proyectos susceptibles de producir

algún efecto negativo al ambiente de la provincia de Buenos Aires y/o sus recursos naturales, deberán obtener una declaración de impacto ambiental expedida por la autoridad ambiental provincial o municipal según las categorías que establezca la reglamentación de acuerdo a la enumeración enunciativa incorporada en el anexo II de la presente ley.<sup>42</sup>

---

del art. 15. Así fue que en el art. 9 del Decreto 1741/96, reglamentario de la ley se establece el concepto de Nivel de Complejidad Ambiental (NCA) que se expresa en una fórmula polinómica que incorpora factores objetivos y mensurables como la calidad de los residuos y efluentes, los riesgos (incendio, explosión, etcétera), la dimensión del establecimiento (dotación de personal, potencia instalada y superficie), etcétera.

<sup>41</sup> Los establecimientos de 1ª categoría («inocuos») están exceptuados de realizar la EIA y, en algunos casos, pueden funcionar sin «CAA» (art. 24 del Decreto 1741/96, reglamentario de la ley 11.459).

<sup>42</sup> El citado ANEXO II deslinda las competencias provinciales y municipales en estos términos: I. PROYECTOS DE OBRAS O ACTIVIDADES SOMETIDAS AL PROCESO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL POR LA AUTORIDAD AMBIENTAL PROVINCIAL

1) Generación y transmisión de energía hidroeléctrica, nuclear y térmica. 2) Administración de aguas servidas urbanas y suburbanas. 3) Localización de parques y complejos industriales 4) Instalación de establecimientos industriales de la tercer categoría según artículo 15 de la Ley 11.459; 5) Exploración y explotación de hidrocarburos y minerales; 6) Construcción de gasoductos, oleoductos, acueductos y cualquier otro conductor de energía o sustancias; 7) Conducción y tratamiento de aguas; 8) Construcción de embalses, presas y diques; 9) Construcción de rutas, autopistas, líneas férreas, aeropuertos y puertos; 10) Aprovechamientos forestales de bosques naturales e implantados; 11) Plantas de tratamiento y disposición final de residuos peligrosos. II. PROYECTOS DE OBRAS O ACTIVIDADES SOMETIDAS AL PROCESO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL POR LA AUTORIDAD AMBIENTAL MUNICIPAL.

<sup>1)</sup> Con excepción de las enumeradas precedentemente en el punto I, cada municipio determinará las actividades y obras susceptibles de producir alguna alteración al ambiente y/o elementos constitutivos en su jurisdicción, y que someterá a Evaluación de Impacto Ambiental con arreglo a las disposiciones de esta Ley; 2) Sin perjuicio de lo anterior serán sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental municipal, los siguientes proyectos: a) Emplazamiento de nuevos barrios o ampliación de los existentes; b) Emplazamiento de centros turísticos, deportivos, campamentos y balnearios; c) Cementerios convencionales y cementerios parques; d) Intervenciones edilicias, apertura de calles y remodelaciones viales; e) Instalación de establecimientos industriales de la primera y segunda categoría de acuerdo a las disposiciones de la ley 11.459.

Para finalizar el punto tomemos ahora el ejemplo de la provincia de Mendoza, que resulta muy similar al de la Ley 11.723. En su pionera Ley 5961 (Régimen Provincial sobre Preservación y Mejoramiento del Ambiente)<sup>43</sup> la Provincia regula el procedimiento de EIA.

En lo que nos interesa, prevé que su realización corresponderá a la autoridad provincial o municipal según la distribución que, por categorías de proyectos, está contenida en el Anexo de la ley.

Así, por ejemplo, el Anexo dispone que corresponda a la autoridad provincial entender respecto de proyectos de «1) generación de energía hidroeléctrica, nuclear y térmica [...] 3) manejo de residuos peligrosos [...] 6) construcción de gasoductos, oleoductos, acueductos y cualquier otro conductor de energía o sustancias; [...] 14) todas aquellas obras o actividades que puedan afectar directa o indirectamente el equilibrio ecológico de diferentes jurisdicciones territoriales». Como se advierte, es la misma técnica legislativa que casi tres años más tarde adoptaría la Provincia de Buenos Aires en su Ley marco 11.723.<sup>44</sup>

Veamos qué ocurre cuando el municipio omite realizar la EIA que le incumbe, recordando para ello el caso Dougherty, un precedente proveniente de la prestigiosa Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.<sup>45</sup> En el caso, el alto tribunal bonaerense declaró la nulidad de la actividad municipal que había autorizado la construcción de un parador de ómnibus en la Ciudad de la Plata sin haber realizado la EIA exigida por la ordenanza municipal de aplicación.

Rechazó el argumento municipal de que el parador solo funcionaría provisionalmente mientras se construía la terminal definitiva y que este proyecto sí estaba siendo sujeto a EIA.

La SCBA aplicó el art. 41 de la CN, el art. 28 de la Constitución de la Provincia,<sup>46</sup> así como la Ley provincial 11.723 (ley marco ambiental), y en un muy interesante abordaje,

<sup>43</sup> La calificamos como «pionera» porque data de comienzos de 1993 (publicada en el B.O. el 25.02.93), es decir, es anterior a la reforma de la Constitución Nacional que a través de la incorporación del art. 41 dio un impulso poderoso a la legislación ambiental.

<sup>44</sup> La Ley 11.723 fue sancionada el 09.11.95 y publicada en el B.O. el 22.12.95

<sup>45</sup> SEBA, 31.03.04, causa B. 64.464, Dougherty, Cristian y otros contra Municipalidad de La Plata. Amparo.

<sup>46</sup> «Art. 28.- Los habitantes de la Provincia tienen el derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservarlo y protegerlo en su provecho y en el de las generaciones futuras. La Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada. En materia ecológica deberá preservar, recuperar y conservar los recursos naturales, renovables y no renovables del territorio de la Provincia; planificar el aprovechamiento racional de los mismos; controlar el impacto ambiental de todas las actividades que perjudiquen al ecosistema; promover acciones que eviten la contaminación del aire, agua y suelo; prohibir el ingreso en el territorio de residuos tóxicos o radiactivos; y garantizar el derecho a solicitar y recibir la adecuada información y a participar en la defensa del ambiente, de los recursos naturales y culturales. Asimismo, asegurará políticas de conservación y recuperación de la calidad del agua, aire y suelo compatible con la exigencia de mantener su integridad física y su capacidad productiva, y el resguardo de áreas de importancia ecológica, de la flora y la fauna. Toda persona física o jurídica cuya acción u omisión pueda degradar el ambiente está obligada a tomar todas las precauciones para evitarlo».

también invocó el principio de congruencia consagrado en la Ley General del Ambiente (LGA),<sup>47</sup> para concluir ordenando a la municipalidad que pusiera inmediatamente en marcha la EIA omitida.

## 9. Planeamiento urbano

Las municipalidades tienen, en principio, competencia para regular la asignación de usos del suelo y establecer las reglas de construcción dentro del ejido municipal. Empero, en ciertos casos la proximidad de los espacios geográficos, el carácter común de ciertas características edilicias, paisajísticas o histórico-culturales y la necesidad de coordinar acciones para responder a una planificación global, determinan la necesidad de que intervenga la regulación provincial, que —como decía Frías en el pasaje que hemos recordado— está en condiciones de «percibir el problema global sin la limitación de la frontera interior».<sup>48</sup>

Daremos unos pocos ejemplos tomados de la cordillerana Provincia de Mendoza, limítrofe con la República de Chile. La Provincia mediante la Ley 6394 declaró «área ambiental urbana protegida» al tradicional parque San Martín, ubicado en el ejido urbano, fijó sus usos, su zonificación y declaró autoridad de aplicación a una dependencia del gobierno provincial.

La Ley 5.761 creó dentro del ejido de la municipalidad de Mendoza una «Zona de Reserva Ambiental Urbana» para la preservación del lugar como espacio abierto. Creó una comisión de ordenamiento e intervención urbana integrada por representantes de la Provincia y de la Municipalidad encargada de elaborar el proyecto de reglamentación de usos y un plan de intervención para incorporar el área las necesidades urbanas y ambientales del Gran Mendoza (así se denomina al conjunto de la Municipalidad de la Ciudad Capital y otras cinco comunas).

Del mismo modo, la Ley 4.886 reguló el uso, fraccionamiento y ocupación del suelo en la Zona Oeste del Gran Mendoza. Como se ve, la extensión de las competencias municipales en cuanto a la planificación urbana está fuertemente condicionada por las realidades locales.

## VI. CONCLUSIONES

El deslinde de competencias municipales con las de su Provincia o con las facultades federales ofrece dificultades de interpretación que se advierten en la jurisprudencia. En especial, es problemático trazar el límite de las facultades ambientales del Municipio, cuando

---

<sup>47</sup> El art. 4 de la LGA (L. 25.675) consagra los denominados principios de la política ambiental nacional. El primero que enuncia es el principio de congruencia. Lo hace así: «La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, esta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga».

<sup>48</sup> Frías, Pedro J. «Federalismo como sistema», en *Derecho Público Provincial* (obra colectiva), Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 391, cit. supra en nota 9.

en principio parecería estar cumpliendo las funciones que le son connaturales en materia de protección de la salud de sus habitantes pero, al hacerlo, parece invadir o interferir con el ejercicio de facultades de la autoridad federal.

Como hemos visto, la Corte ha tenido una tarea difícil, que está lejos de haber concluido, para decidir casos en los que la presunta interferencia se imputa a una Provincia. El caso «Roca» y su clara inclinación hacia la competencia local parece, a primera vista, ofrecer un mapa de ruta.

Pero esa claridad aparente mostró sus límites en Litsa, cuando la naturaleza del problema exigía ya no una mera declaración sobre la competencia, sino un pronunciamiento de fondo que concediera o negara facultades.

En esa medida, puede augurarse que la cuestión volverá a plantearse y es muy posible que esta vez se centre en las competencias municipales. Ese es uno de los motivos que dieron origen a este trabajo.

# ¿CÓMO SE PROTEGE DESDE LA INTERVENCIÓN MUNICIPAL AL MEDIO AMBIENTE URBANO?

Por *JAVIER JUNCEDA* \*

## I.

Como consecuencia de la dificultad de encontrar un concepto del medio ambiente que resulte satisfactorio en términos jurídicos, la labor de su tutela y su paralela imputación a uno u otro sujeto público, ha suscitado abundantes conflictos en los sistemas constitucionales de reparto de competencias, problemas que distan de haberse solventado de forma definitiva, con paralelo quebranto de un medio natural que no entiende de las compartimentaciones que tanto atraen a los seres humanos.

En materia ambiental pues, no resulta posible hablar en España de un único título competencial, ni aun uno específico, pudiendo solaparse varios que tengan incidencia sobre esta cuestión, facultando un plural ejercicio de potestades entre todas y cada una de nuestras Administraciones, a través de los cauces de *cooperación y lealtad institucional*, (así, stc 72/1982, 113/1983, 77/1984, 144/1985, 227/1988, 103/1989, 149/1991, 36/1994, 102/1995, 15/1998, 90/2000 y 306/2000, entre un largo etcétera).

En todo caso, y tras dejar debida constancia de que los deseos de armónica concurrencia propuestos por el Supremo Intérprete español no siempre se darán en la práctica, ya que precisan de relaciones que tan solo episódicamente seguirán esos senderos apuntados (por razones políticas, en esencia), procede esquematizar el real ámbito de tareas que corresponde al Estado, Comunidades Autónomas y municipios.

En cuanto al Estado, el artículo 149.1.23 CE le reserva la facultad para confeccionar «la legislación básica sobre protección del medio ambiente y sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias». Sobre esta competencia, el Tribunal Constitucional avaló en su día al Estado para regular de forma minuciosa determinadas materias, imposibilitando el correlativo ejercicio legislativo autonómico (stc 64/1982, 69/1982, 227/1988, 148/1991 y, especialmente, 149/1991). Hoy, por contra, tales criterios se han alterado sustancialmente con base en la stc 102/1995, de 26 de junio, al puntualizarse en su Fundamento de Derecho octavo que en materia de medio ambiente

el deber estatal de dejar un margen al desarrollo de la legislación básica por la normativa autonómica, aun siendo menor que en otros ámbitos, no se puede lle-

---

\* Profesor agregado de Derecho Administrativo. Universidad Internacional de Cataluña. Abogado.



gar, frente a lo afirmado en la STC 149/1991, de la cual hemos de apartarnos en este punto, a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido (del mismo o similar tenor, STC 156/1995, 163/1995, 16/1997, 28/1997, 14/1998, 118/1998, 90/2000, y 306/2000, entre otras).

En consecuencia, al Estado le asiste la atribución para promulgar la legislación y reglamentación básica sobre medio ambiente y las demás materias conexas con él contempladas en el citado artículo 149.1 CE, entendiéndose como legislación básica el núcleo esencial de dicha regulación, como quiera que, desde la citada STS 102/1995 «lo básico incorpora la acepción de un fundamento o apoyo principal de algo, con vocación por la esencia, no de lo fenoménico o circunstancial».

Respecto de las Comunidades Autónomas, el propio artículo 149.1.23 CE les reserva la competencia para «establecer normas adicionales de protección», completando la legislación básica estatal a través de opciones propias, pero siempre que sean compatibles y más exigentes que dicha normativa básica (así, STC 102/1995, 156/1995, 196/1996, 16/1997 y STS de 21 de diciembre de 1998 [RJ. 776/1999]).

Al margen de esta potestad, que exigirá un análisis minucioso del articulado de cada norma autonómica en la búsqueda de su real alcance, el artículo 148.1.9 CE les atribuye a las Comunidades competencias de gestión o ejecución ambientales, que incluyen muy diversas potestades: autoorganización; regulación de sus especialidades procedimentales ambientales; autorizaciones; sanciones e inspecciones y, en fin, declaración de espacios naturales protegidos (v. gr. STS de 1 de octubre de 1997 [RJ. 7031] y de 22 de febrero de 2000 [RJ. 973]).

En relación con los entes locales, sus competencias ambientales se contemplan en la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local (LRL), con fundamento en los artículos 140 y 149.1.18 CE. El artículo 25 LRL consagra diversas competencias locales ambientales, pero siempre en los términos que se establezcan en las legislaciones sectoriales estatal y autonómica (STC 214/1989, en aplicación de este criterio) y de que se cumpla con el principio de estabilidad presupuestaria, ya de rango constitucional.

Así, a decir de este precepto, «el Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: [...] b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas. C) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales».

Estas competencias, por mor del artículo 25.3 se determinarán por Ley debiendo evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, ley que deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos finan-

cieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad. Esa futura ley, además, deberá prever la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las Administraciones Públicas. En suma, esa ley deberá determinar la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública.

El artículo 26 LRL, en cualquier caso, dispone una serie de servicios mínimos u obligatorios respecto a su número de habitantes, que serán los de limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado (en este extremo, véase la interesante STS de 25 de abril de 1989 [RJ. 3233]), control de alimentos y bebidas, y recogida de residuos en todo caso. En cualquier caso, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (BOE del 30 de diciembre de 2013, en vigor desde el 31 de ese mismo mes y año), igualmente precisa en su artículo 26 que los municipios deberán prestar, en todo caso, los servicios (en todos los municipios): recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado. En los municipios con población superior a 5000 habitantes, además, tratamiento de residuos; en los municipios con población superior a 50 000 habitantes, además: medio ambiente urbano. Siendo materia de la comunidad Autónoma en donde no exista diputación, en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes la prestación del servicio de recogida y tratamiento de residuos; de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales; de limpieza viaria, salvo que el municipio justifique que puede prestar estos servicios con un coste efectivo menor que el derivado de la forma de gestión por parte de la comunidad autónoma o diputación.

En particular, el nuevo art. 27.3 de la LRL y con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias: vigilancia y control de la contaminación ambiental y protección del medio natural.

En virtud de lo expuesto, el reparto de tareas en materia ambiental entre los distintos sujetos públicos deberá observarse con sumo interés por quienes pretendan reclamar por daños derivados tanto de su actuación como de su inactividad.

En concreto, y respetando su ámbito de competencias, la política ambiental municipal ha de perseguir como fines generales la preservación, restauración y mejora de la calidad ambiental urbana y natural del municipio, la protección de salubridad pública, el uso racional de los recursos naturales, que posibilite un desarrollo sostenible y eficaz de los mismos, facilitando su regeneración y eficiencia, y la cooperación y solidaridad con otros términos municipales, la Comunidad Autónoma, la Administración General del Estado e instancias supranacionales e internacionales en

estas materias, asegurando singularmente la buena calidad del agua y el aire y de los espacios naturales, urbanos y rurales, en especial de aquellos que sean protegidos; una adecuada calidad acústica y de protección frente a las radiaciones de cualquier género, de conformidad con las recomendaciones internacionales y normas vigentes; el mantenimiento y promoción de la salubridad pública; la adecuada gestión de los residuos sólidos a través de las acciones de minimización, prevención, recogida selectiva, tratamiento y aprovechamiento de materia orgánica, reciclaje y valorización, de acuerdo con las prescripciones técnicas de aplicación; la protección de los animales y de su correcta convivencia con las personas.

Las distintas ordenanzas municipales aprobadas al amparo de este ámbito competencial en España han venido ocupándose de la protección del aire por la contaminación atmosférica (limitando las operaciones generadoras de partículas y aerosoles, las que produzcan humos y polvos, las que gestionen gases combustibles y, en fin, las instalaciones fijas de combustión y vehículos, de conformidad con el ámbito permitido por la Ley 34/2007, de calidad del aire). También, del régimen de los olores, impidiendo que las emisiones de sustancias olorosas no puedan producir un nivel de inmisión superior al límite de la perceptibilidad olfativa, de acuerdo con lo previsto en la última edición del *American Industrial Hygiene Association*. De la contaminación por radiaciones, de la acústica, de las actividades ciudadanas al aire libre, las actividades de transporte de mercaderías y similares en horario nocturno, de avisadores nocturnos (alarmas, sirenas, megafonía), las relaciones de vecindad, los animales domésticos, de las actividades de ocio, espectáculos y recreativas que dispongan de equipo de música o hagan actividades musicales. De igual modo, son objeto de atención municipal las condiciones técnico-sanitarias a las que habrán de ajustarse la captación, el tratamiento, la distribución, el suministro, el uso y la vigilancia del agua potable, los pozos de agua y los acueductos, así como la red de alcantarillado y los sistemas de depuración, fijando las prescripciones a que se habrán de someter en materia de vertidos los usuarios de instalaciones de saneamiento. Asimismo, de la gestión de residuos, incluyendo la regulación de las actividades y servicios de limpieza de los espacios públicos y privados, recogida de basuras, desechos, residuos sólidos urbanos y control de los mismos, para conseguir las condiciones adecuadas de salubridad, pulcritud, ornato y bienestar ciudadano, en orden a la debida protección del medio ambiente y de conformidad con las competencias municipales establecidas en la legislación básica. Finalmente, de la defensa de los espacios públicos abiertos de uso público, tanto los que están plantados, (parques, jardines y zonas verdes), como aquellos que no estando plantados en extensiones significativas, se dediquen principalmente a áreas de esparcimiento y ocio ciudadano, como zonas de juego o deportivas.

En relación con los espacios protegidos, y con independencia de la existencia de un concreto suelo local en cualesquiera de las figuras de protección fijadas en la legislación ambiental estatal o autonómica, si dichos espacios forman parte, asimismo, de alguna de las áreas definidas por la Red Natura 2000, ya sea como lugar de interés comunitario (LIC), zona de especial conservación (ZEC) o de zona de especial protección de aves (ZEPA), —categorías creadas por las Directivas de la Unión Europea 79/409/CEE y 92/43/CEE—, no

solo habrá que estar a la propia normativa del espacio natural, a su Plan Rector de Uso y Gestión, de incumbencia autonómica o regional, sino también a lo dispuesto en la legislación estatal a la hora de otorgar autorizaciones o licencias sobre tales terrenos.

Esa legislación aplicable resulta ser la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, cuyo artículo 45.2 prevé que «*Las administraciones competentes* tomarán las medidas apropiadas, en especial en dichos planes o instrumentos de gestión, para evitar en los espacios de la Red Natura 2000 el deterioro de los hábitat naturales y de los hábitat de las especies, así como las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de estas áreas, en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente ley». El resaltado, pues, revela la intención legal de atribuir no solo a las Comunidades Autónomas o regiones, sino también a otras Administraciones, y aquí singularmente a los Entes Locales, la función de preservar los lugares de la Red Natura 2000.

De igual modo, el artículo 45.3 de esta ley de nuevo invoca en plural al referirse a que «*los órganos competentes* deberán adoptar las medidas necesarias para evitar el deterioro o la contaminación de los hábitats fuera de la Red Natura 2000», lo que significa, como primera providencia, que si fuera deseo legal el atribuir en exclusiva esa tarea a las Comunidades Autónomas o regiones españolas lo hubiera señalado expresamente (como lo hace, como muestra, en el artículo 46 o 47 de esta misma ley).

Con todo, lo esencial a los efectos que nos mueven viene dado por la dicción del artículo 45.4 de la Ley de Biodiversidad, conforme al cual: «Cualquier plan, programa o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares, ya sea individualmente o en combinación con otros planes o proyectos, se someterá a una adecuada evaluación de sus repercusiones en el lugar, que se realizará de acuerdo con las normas que sean de aplicación, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal y en las normas adicionales de protección dictadas por las Comunidades autónomas, teniendo en cuenta los objetivos de conservación de dicho lugar. A la vista de las conclusiones de la evaluación de las repercusiones en el lugar y supeditado a lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo, *los órganos competentes para aprobar o autorizar los planes, programas o proyectos* solo podrán manifestar su conformidad con los mismos tras haberse asegurado de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública».

Luego, es llano que, atribuyendo a varias Administraciones esta labor, y ante la eventualidad de que un Ente Local reciba en su registro una solicitud de licencia o de cualquier instrumento de planeamiento (un estudio de detalle, por ejemplo), el órgano competente para resolverla, el Ayuntamiento, tendrá que aprobar o autorizar dicha actuación tras evaluar las repercusiones del proyecto sobre el lugar afectado, o cuando menos cerciorarse o asegurarse «de que no causará perjuicio a la integridad del lugar en cuestión y, si procede, tras haberlo sometido a información pública», como reza el último inciso de este artículo.

Así pues, aunque en pura hipótesis no resultara competente un municipio para efectuar la evaluación de repercusiones en el lugar del artículo 45.4 de la ley, algo que negamos pero que se plantea a efectos polémicos, sí lo sería para asegurarse de que no se cause perjuicio a la integridad del lugar, como se deduce de este precepto *in fine*.

Abona este rol municipal el que la llamada del artículo 45.4 de la Ley de Biodiversidad a su siguiente numeral de nuevo vuelva a aludir a «las Administraciones Públicas competentes» como las encargadas de realizar un plan de interés público para garantizar la defensa del área afectada, de resultar negativas las conclusiones de la evaluación de efectos antes citadas. Y, desde luego, la doctrina constitucional emanada de la garantía institucional del artículo 137 CE (STC 32/81, 214/89 y 109/98, por todas), cuyo núcleo debe ser preservado frente a la actuación de los poderes públicos que tiendan a hacer desaparecer esa autonomía local.

En su consecuencia, los Ayuntamientos son enteramente competentes para evaluar las repercusiones ambientales que en un suelo municipal afectado por la Red Natura 2000 puede tener una determinada actividad, y todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 137 de la Constitución; 25.2 f) de la Ley de Régimen Local y 45 de la Ley de Biodiversidad.

Finalmente, y sobre los requisitos establecidos para avalar un proyecto que pueda afectar de una u otra forma a la Red Natura 2000, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 7 de julio de 2004 (Recurso de Casación núm. 1355/2002. RJ. 2004\6506) ha aclarado en su Fundamento IX que la evaluación de efectos ambientales de un plan o proyecto a que se refiere el artículo 6 del R.D. 1997/1995 (hoy el artículo 45.4 de la Ley de Biodiversidad), no supone una mera evaluación de impacto o una evaluación ambiental estratégica, ya que

en lo referente a la evaluación de planes y programas que pudieran afectar a espacios incluidos en la Red Natura 2000 no existe norma taxativamente aplicable, no obstante lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres, por cuanto tanto esta norma como la de transposición interna española (Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre), se limitan a realizar una simple remisión, y, en ausencia de normativa autonómica específica sobre Evaluación Ambiental Estratégica, solo quedaría aplicar, por extensión la normativa relativa a Evaluación de Impacto Ambiental, lo que, como venimos reiterando, en modo alguno se acomoda, a las Evaluaciones estratégicas de planes y programas habiendo perdido —posiblemente— la norma estatal de transposición la ocasión para establecer, en tal operación, un correcto contenido y alcance de estas Evaluaciones Estratégicas anticipándose, en el ámbito concreto a que afecta, a la entrada en vigor de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio el próximo 24 de julio de 2004.

O lo que es lo mismo, a decir de la doctrina legal, la evaluación de efectos que aquí nos mueve habrá de ser un *tertium genus* específico en el que se deban examinar cuantas cuestiones procedan desde la perspectiva ultralimitativa de afección a estos espacios,

lo cual, además, descarta derechamente que un Ayuntamiento pueda invadir competencias en materia de Evaluación de Impacto en poder exclusivo de las Comunidades Autónomas.

## II.

En el ámbito institucional peruano, la Ley 28611 general del ambiente, prevé en su artículo 22 que la gestión ambiental sea descentralizada a los entes locales, si bien coordinada con la política estatal y regional. En particular, el artículo 23 de esta norma atribuye a los gobiernos locales, en el marco de sus funciones y atribuciones, «promover, formular y ejecutar planes de ordenamiento urbano y rural, en concordancia con la Política Nacional Ambiental y con las normas urbanísticas nacionales, considerando el crecimiento planificado de las ciudades, así como los diversos usos del espacio de jurisdicción, de conformidad con la legislación vigente, los que son evaluados bajo criterios socioeconómicos y ambientales». Para ello, la ley encomienda a los gobiernos locales evitar que actividades o usos incompatibles, por razones ambientales, se desarrollen dentro de una misma zona o en zonas colindantes dentro de sus jurisdicciones, asegurando la preservación y la ampliación de las áreas verdes urbanas y periurbanas, ubicando las instalaciones destinadas a la fabricación, procesamiento o almacenamiento de sustancias químicas peligrosas o explosivas deben ubicarse en zonas industriales, conforme a los criterios de la zonificación aprobada por los gobiernos locales.

Por su parte, el artículo 59 de esta Ley General, de nuevo somete el ámbito jurídico ambiental local a lo que dispongan esa propia ley y otras orgánicas, supeditándose el diseño y aplicación de políticas, normas e instrumentos de gestión ambiental de nivel local, a los principios, derechos, deberes, mandatos y responsabilidades establecidos en la presente ley y las normas que regulan el Sistema Nacional de Gestión Ambiental peruano. Esta sujeción al ordenamiento estatal peruano luce incluso con la obligación prevista en el artículo 59.3 de la Ley, al obligar a las autoridades locales con competencia ambiental, a «coordinar y consultar entre sí y con las autoridades nacionales, con el fin de armonizar sus políticas, evitar conflictos o vacíos de competencia y responder, con coherencia y eficiencia, a los objetivos y fines de la presente Ley y del Sistema Nacional de Gestión Ambiental».

Así las cosas, la legislación peruana supedita el concurso de los entes locales en el asunto ambiental a su concordancia con la normativa estatal (artículo 60), teniendo la obligación de informar y realizar «coordinaciones con las entidades con las que comparan competencias y funciones, antes de ejercerlas».

Al margen de la Ley general del ambiente, la vigente Ley 27972, orgánica de municipalidades, en su artículo 73, refuerza que la competencia ambiental sea compartida por los entes locales peruanos, al contemplar entre tales atribuciones municipales con participación plural de otras administraciones las de «emitir las normas técnicas generales, en materia de organización del espacio físico y uso del suelo así como sobre protección y conservación del ambiente».

Así, dentro del marco de las competencias y funciones específicas establecidas en la ley, el rol de las municipalidades comprenderá la planificación integral del desarrollo local y el ordenamiento territorial, promoviendo e impulsando el proceso de planeamiento para el desarrollo integral correspondiente a su ámbito. En particular, su artículo 80 concreta las atribuciones de las municipalidades en materia de saneamiento, salubridad y salud, debiendo regular y controlar el proceso de disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales en su ámbito, controlar la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente, proveer del servicio de limpieza pública determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios, controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales y fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.

### III.

De cuanto antecede se desprende que el ámbito de incumbencia local en materia ambiental, tanto en España como en el Perú, está profundamente condicionado tanto por la normativa como por la actuación ambiental autonómica o estatal. En España, al pivotar las principales competencias ambientales ejecutivas en las Comunidades Autónomas, serán estas las que impongan esos límites al actuar municipal, mientras que de la legislación peruana se desprende que es la normativa estatal la que desempeña su función regulatoria y ejecutiva principal. Al hilo de esto, cabría preguntarse si existe intervención municipal donde la ley estatal o regional no le deja espacio, algo que nuestros ordenamientos no permiten. En efecto, la garantía institucional de la autonomía local blinda a los municipios de un rol necesario en materia ambiental, debiendo reputarse inconstitucionales las disposiciones estatales o regionales que no respeten dicho ámbito. Sin embargo, dicho umbral de actuación también debe ser respetado por los municipios en lo tocante a la aplicación de la legislación de otras Administraciones que le permitan su recto juego en materia ambiental. Como se puede advertir, a partir de estas pautas hermenéuticas, debe ser en cada caso el juzgador (ordinario o constitucional), quien indique hasta qué punto una norma estatal arrumba a la local y lo contrario, si bien con dicha doctrina legal es recomendable que actúe el legislador, tratando de zanjar la polémica, tantas veces inagotable, del reparto de atribuciones sobre materias especialmente compartidas por distintos sujetos públicos.

# RÉGIMEN JURÍDICO DEL MUNICIPIO EN EL SALVADOR

Por *HENRY ALEXANDER MEJÍA\**

## SUMARIO

I. Orígenes y antecedentes del municipio. II. Autonomía municipal. III. Gobierno municipal: estructura y competencias. IV. Principales potestades del municipio. V. Servicios públicos propios. VI. Servicios públicos impropios. VII. Participación ciudadana en el municipio. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

## RESUMEN

El presente estudio del régimen jurídico del municipio en El Salvador es de carácter descriptivo, donde no pretendemos ser muy prolijos porque el tema da para plantear diversas ideas, lo rebasa el propósito de este trabajo. El contenido de nuestro trabajo inicia con el desarrollo del municipio desde sus albores en la Colonia española. Planteamos los diversos elementos de los que se compone el municipio y los diferentes niveles de autonomía que la Constitución y el ordenamiento jurídico secundario otorga. En este orden de ideas esbozamos las principales potestades con las que tiene el municipio, haciendo énfasis en las potestades normativas y de prestación de los servicios públicos.

## PALABRAS CLAVES

Municipio, municipal, autonomía y potestades

## ABSTRACT

This current study of the legal framework of the municipality in El Salvador, is considered descriptive in nature thus, it is not intended to be

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, con premio extraordinario (2006), catedrático de Derecho Administrativo y Derecho Constitucional. Profesor de diferentes programas de posgrados impulsados en El Salvador por Universidades extranjeras. Profesor del Curso Internacional de Derecho Administrativo, en la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de extraordinario en la Universidad Panamericana (campus México). Profesor ganador como Tutor en el primer concurso de Derechos Humanos en la práctica de Derecho Administrativo, en el nivel centroamericano e internacional auspiciado por la Fundación Konrad Adenauer (2011). Exdirector del Departamento de Derecho Público de la Universidad de El Salvador (2007-2011). Capacitador de la Escuela Judicial. Conferencista en diversos Congresos nacionales e Internacionales, consultor en temas de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro de Honor de la Academia de Jurisprudencia y Legislación Nicaragüense y de la Asociación de Derecho Administrativo de México y República Dominicana.



discursive because the topic leads to raise a variety of ideas, and it surpasses the purpose of this work. The content of our work starts with the development of the municipality since the beginning of the Spanish Colony. It describes the different elements that make up the Municipality and the autonomy levels given by The Constitution and The Second Legal Order. In this trend of ideas, we outline the essential powers held by the Municipality, making emphasis on the regulatory system and on public service providing.

### KEY WORDS

City hall, municipal, autonomy, and powers (regulatory system).

## I. ORÍGENES Y ANTECEDENTES DEL MUNICIPIO

La palabra *municipio* proviene del latín *municipium*, que es la unión de *munus*, que significa ‘carga, cargo, oficio, deber función u obligación de hacer algo’, y de *capio, capere*, que quiere decir ‘tomar, adoptar’. Fueron los romanos quienes ingresan el vocablo *municipium* para describir las relaciones instituidas entre Roma y las ciudades incorporadas por la vía de la conquista, cuyos habitantes, adoptaban la calidad de *apere*, es decir, ciudadanos de Roma; estando obligados a participar en las cargas (*munus*).<sup>1</sup>

En consecuencia, a los pueblos sometidos se les permitió formar autogobiernos sobre la base de un imperialismo a modo de descentralizarlo, en el que se consideran determinadas libertades interiores, como para resolver asuntos administrativos comunitarios, aunque con limitaciones ya establecidas por el Imperio romano. Consecuentemente, la voz de *municipium* comprende a la forma de organización jurídica, política y administrativa de una comunidad itálica urbana mediante la cual sus miembros tomaban a su cargo ciertas tareas personales u obligaciones tributarias, militares o servicios a favor de Roma, que correspondía a la vida comunal.<sup>2</sup>

Los romanos tenían un gran aparato militar, con el que invadían y conquistaban pueblos y civilizaciones, pero carecían de personal para administrarlo, ya que hubiera requerido de un gran ejército de administradores. Superaron esta limitación gracias a darles la capacidad de autogobernarse a cambio de *munus munare*, esto es, cargos prestaciones o gravámenes.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Olivos Campos, J. R., *Derecho municipal*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 2011, p. 19.

<sup>2</sup> Robles Martínez, R., *El municipio*, Porrúa, México D. F., 2009, p. 21.

<sup>3</sup> Hernández, J. M., op. cit., p. 92, establece que la fuerza del poder romano aumentó incalculablemente gracias a la amplitud dejada a la libertad local; que su gran época se apoya en un vasto sistema de autogobierno cívico; que mientras se mantuvo la libertad municipal floreció el Imperio; y que, cuando el despotismo domina las municipalidades la decadencia de la gran estructura imperial se consume rápida y fatalmente. Los caracteres específicos del municipio romano eran: 1) un *territorium* determinado propio; 2) un pueblo que se resumía o manifestaba en su asamblea general, afirmándose como tal pueblo de la comunidad municipal; 3) una organización, especializada en un cuerpo deliberante, curia,

En efecto, inferimos que la restringida función del municipio en aquella época resultó producto de las relaciones y necesidades determinadas por la vecindad, que dio paso a la creación y expansión de las actividades comunales a medida que las poblaciones del mundo se asentaban en áreas urbanas. No obstante, ante ese crecimiento y complejidad política, hay un concepto que ha permanecido inmutable a través de la historia, que es el concepto de *comuna*, es decir, la pequeña comunidad jurídicamente organizada para resolver los asuntos económicos de índole local, y el reconocimiento de *autodeterminación* que el Estado como máxima autoridad debe reconocerle.

## II. ANTECEDENTES DEL MUNICIPIO EN EL SALVADOR

El proceso histórico del municipio en Centroamérica fue dinámico, y su origen estuvo ligado a los asentamientos indígenas, muchos de ellos de origen *lenca*, *pocomán*, *maya* y *pipil*, que hacían cultivos para la Corona española. Dichos asentamientos originaron el desarrollo de zonas de producción agrícola y manufacturera que les permitieron nuevos trabajos y proveer su subsistencia. Así se fueron formando los municipios, cuya gestión y administración se daba en función de las unidades productivas, no como entes protagónicos, sino para proveer los servicios que las unidades productivas de la colina les demandaban. Se caracterizaban por ser aldeas de los terratenientes españoles con, que permitían la coexistencia de las comunidades indígenas y que les permitían hacer uso de tales tierras.

El gobierno municipal de la época fue la instancia jurídico-política que permitía la mediación del poder entre la monarquía española y sus súbditos que habitaban en los municipios y comunidades indígenas aledañas. Se regían por sus respectivos ayuntamientos y estos se regían a su vez por la «Real Audiencia de los Confines».<sup>4</sup>

El municipio desempeñaba el rol de administrador con el fin de procurar el nexo jurídico para la Corona española, primero, de los criollos, después, de ladinos e indígenas. También tenía la función de comunicador, y lo hacía por medio de los cabildos abiertos, que tenían un papel no decisor, porque ellas eran ejecutadas por la Corona española.

En aquella época, los gobiernos municipales estaban integrados por regidores y alcaldes, estos últimos eran nombrados por las instancias superiores de la dominación colonial. El municipio colonial también recaudaba tributos para las autoridades coloniales y para la Corona española. En síntesis, este municipio dependía totalmente de la Corona española.

Por otra parte, es de enmarcar que el primer municipio de El Salvador es el de San Salvador, fundado el 1 de febrero de 1525. Luego para 1543 habían sido fundados 109 mu-

---

con sus magistraturas, y 4) el culto de sus dioses. La combinación de los elementos constitutivos de la organización era distinta en los diversos municipios. Por la *Lex Julia Municipalis* cada municipio debía tener su Consejo —curia—, sus comicios y sus magistrados. El régimen municipal romano que, poco a poco, había de difundirse por los dominios de Roma —en las provincias— alcanzó su esplendor en los primeros siglos del Imperio.

<sup>4</sup> Méndez, J. M. (p), *Historia constitucional de El Salvador*, Tomo I, Publicación de la Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador, 1999, p. 87.

nicipios en todo el territorio nacional. Después de la independencia en 1821 se llevó todo un proceso de municipalización, lo cual fue coadyuvado por la producción del café. Es así, como en la actualidad la república de El Salvador está dividida administrativamente en 14 departamentos y estos a su vez en 262 municipios.<sup>5</sup>

### III. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MUNICIPIO EN EL SALVADOR

En las Constituciones de 1824, 1841, 1871, 1872, 1880 y 1883 se le reconoció al municipio un lugar importante dentro de la estructura de la división política y territorial de El Salvador, al otorgarle niveles relativos de autonomía. Pero esa autonomía fue extendida con la Constitución liberal de 1886, donde en su artículo 113 estableció «que el gobierno local de los pueblos estará a cargo de las municipalidades electas popular y directamente por ciudadanos vecinos de cada población». Asimismo en su artículo 117 establecía que «las Municipalidades en el ejercicio de sus funciones son enteramente independientes». Aunque en esa época los Gobernadores Departamentales ejercían la mayoría de atribuciones que conllevaba que estuvieran subordinados al Órgano Ejecutivo.

Sin embargo, esa autonomía fue extinta con la Constitución de 1939, en el artículo 135, que determinó que «los miembros de los concejos municipales fueran designados por el Ejecutivo por medio del Ministerio de Gobernación». Esto como resultado de la dictadura militar del General Maximiliano Hernández Martínez (1931-1944). Al terminar dicho periodo dictatorial en las Constituciones de 1945, 1950 y 1962, se restableció ese nivel de autonomía para el municipio.<sup>6</sup>

Es con la actual Constitución de la República, que data desde 1983, en los artículos 202 al 207 donde se introducen cambios sustanciales en el régimen de los gobiernos de los municipios, otorgándoles autonomía en sus dimensiones política, económica, administrativa y técnica. Para tales efectos estipuló que se creara una nueva normativa secundaria que desarrollara todas las atribuciones que le permitieran desempeñarse como un órgano administrativo territorial autónomo.

### IV. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y LOS ELEMENTOS DEL MUNICIPIO

Como resultado del mandato constitucional establecido en el artículo 202, la Asamblea Legislativa aprobó el Código Municipal en 1986, y que tal como lo estipula en el artículo 1 tiene por objeto desarrollar los principios constitucionales referentes a la organización, funcionamiento y ejercicio de las facultades autónomas de los municipios.

En este sentido, define al municipio en el artículo 2 de la manera siguiente:

<sup>5</sup> Colindres Brandt, J., *Aproximaciones al régimen jurídico municipal en El Salvador*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Ver [www.juridicas.unam.com](http://www.juridicas.unam.com).

<sup>6</sup> Bertrand Galindo, F., *et al.* o. cit., Tomo II, p. 1136.

El municipio constituye la unidad política administrativa primaria dentro de la organización estatal, establecida en un territorio determinado que le es propio, organizado bajo un ordenamiento jurídico que garantiza la participación popular en la formación y conducción de la sociedad local, con autonomía para darse su propio gobierno, el cual como parte instrumental del Municipio está encargado de la rectoría y gerencia del bien común local, en coordinación con las políticas y actuaciones nacionales orientadas al bien común general, gozando para cumplir con dichas funciones del poder, autoridad y autonomía suficiente.

A esta unidad política administrativa se le concede además personalidad jurídica, con jurisdicción territorial determinada y se establece que su representación la ejercerán los órganos de dirección. La creación, fusión, incorporación o definición de los límites de municipios corresponde exclusivamente al órgano Legislativo.

De lo anterior se coligen los diferentes elementos que constituyen al municipio como entidad jurídica y política-administrativa, en el marco de la descentralización territorial, tal como lo determina la anterior definición legal, a saber:

*a) Territorio.* Todo municipio tiene su espacio geográfico donde realizará la función administrativa y aplicará el respectivo marco jurídico. El ámbito de la superficie territorial está relacionado con los diferentes asentamientos humanos que datan desde la Colonia. Por lo que, el territorio puede variar según el municipio de que se trate. Actualmente, el Centro Nacional de Registros ha realizado cada una de las demarcaciones territoriales de cada municipio. Es así, que tenemos municipios de 500 kilómetros cuadrados hasta 1500 kilómetros cuadrados. Su espacio geográfico es heterogéneo.

*b) Población.* El elemento humano es quizá el más importante del municipio, porque obviamente un territorio deshabitado no podrá constituirse como tal, en tanto carezca de población. El conjunto humano como elemento del municipio es de carácter permanente, y todos aquellos que nazcan en él deberán ser asentados en los Registros del Estado Familiar. Además, lo que se encuentren domiciliados les corresponde consignarlo así en el documento único de identidad, para los efectos legales correspondientes. Nos unimos a la opinión de la reconocida jurista mexicana Rendón Barrera,<sup>7</sup> quien señala que el concepto de población en la actualidad no atiende a factores cualitativos que marquen diferencia, como sucedía en la Colonia que básicamente los asentamientos humanos eran por razones étnicas. Si no por aspectos cuantitativos que hace al establecerse como una comunidad con intereses y necesidades comunes.

*c) Poder.* En el municipio se manifiesta en circunstancias similares que el Estado puede hacer uso de la fuerza para hacer valer sus decisiones, como cierres de establecimientos. Mecanismo de cuidado y mantenimiento de los bienes de uso público municipal.

Este poder a diferencia del estatal no es soberano, si más de orden administrativo, que se manifiesta por medio de la autonomía que la Constitución y las leyes otorgan. Por ello, cuando se constituye un municipio se le otorga personalidad jurídica propia diferente a la

<sup>7</sup> Rendón Barrera, T., *Derecho municipal*, 3ª edición, Porrúa, México D. F., 1998, p. 131.

del Estado, lo que lo acredita como sujeto de Derecho público, con capacidad de adquirir derechos y obligaciones e imponer su poder de mando.

d) *Ordenamiento jurídico*. Para que el municipio pueda cumplir sus atribuciones y competencias debe existir un marco legal que lo respalde. El municipio no puede existir sin ordenamiento jurídico, porque no tendría los mecanismos jurídicos para contratar a su personal administrativo, ni medios para hacer valer su autoridad ante la población, como para cobrar impuestos, tasas, contribuciones especiales, imponer sanciones administrativas establecer reglas para regular la conducta de los munícipes, es decir la famosa *potestad de policía*.

Dentro de las leyes administrativas más importantes que regulan al municipio tenemos: 1) Código Municipal, 2) Ley Tributaria Municipal, 3) Ley del Fondo de Desarrollo Económico y Social, 4) Ley de la Carrera Administrativa Municipal, y 5) Ley de Convivencia Ciudadana y Contravenciones Administrativas.

e) *Fines*. El municipio, como toda organización política-administrativa tiene sus fines, siendo el principal, como lo deja claro la definición legal del Código Municipal, la referida en *supra*: el interés común local. Esto conlleva a que los municipios presten los servicios públicos, que pongan a disposición sus bienes de usos público, construir obras públicas para satisfacer intereses de toda la vecindad y la comunidad local en general.

## V. AUTONOMÍA MUNICIPAL

La Constitución en el artículo 202, en relación con el artículo 2 del Código Municipal, reconoce que el municipio es una organización social, política, territorial y administrativa inserta en el territorio de la república de El Salvador. Pero para que el municipio pueda cumplir con sus fines locales el artículo 203 de la Constitución, estipula que «los Municipios son autónomos en lo económico, en lo técnico y en lo administrativo». Es por ello que la Constitución otorga una serie de potestades con el propósito de que realice todas sus actividades administrativas de manera independiente del gobierno central, según lo prescribe el artículo 204 de la Constitución.

En este sentido, Quintana Roldán,<sup>8</sup> define a la autonomía municipal como «un derecho del municipio para que, dentro de su esfera de competencias, elija libremente a sus gobernantes, se otorgue sus propias normas de convivencia social (ordenanzas municipales); resuelva sin intervención de otros poderes los asuntos propios de la comunidad (asuntos locales); que tenga además, con potestades propias para crear tributos y que goce de la libre disposición de su hacienda municipal».

Es de aclarar que en el ordenamiento jurídico administrativo salvadoreño la autonomía *no es concebida como la capacidad de darse su propio estatuto para auto normarse*, sino que se concibe como aquella prerrogativa que tiene todo ente descentralizado de ser

<sup>8</sup> Quintana Roldán, C., *Derecho municipal*, Porrúa, México D. F., 1995, p. 194.

creado por medio de una ley. De hecho para fusionarse o extinguirse debe hacerse de la misma manera.<sup>9</sup> Más bien como dice Giuliano,<sup>10</sup> tiene poderes de autogestión, lo cual en la doctrina argentina son entes *autárquicos* municipales.

En suma, todas las anteriores prerrogativas se encuentran determinadas y garantizadas en el ordenamiento supremo del Estado y el Código Municipal. De ahí podemos dilucidar la autonomía en diferentes aspectos propios a nuestro ordenamiento jurídico administrativo, a saber:

a) *Autonomía política*. Esto es, la capacidad jurídica del municipio para que sus autoridades sean electas por medio del sufragio y cuya gestión política y administrativa no deberá ser interferida por las autoridades del Gobierno central, aunque no implique que pueda trabajar coordinadamente con aquellas para cumplir los fines de interés local e interés nacional.

b) *Autonomía administrativa*. Es la capacidad del municipio para gestionar y resolver los asuntos propios de la comunidad en cuanto a servicios públicos, poder de policía, tener facultades normativas (ordenanzas municipales) para regular asuntos de su competencia nombrar y remover a sus servidores públicos, tener su propio sistema salarios, realizar su organización interna, por medio de reglamentos de organización, según sus necesidades (gerencias o distritos, entre otros), sin la intervención de las autoridades centrales.

c) *Autonomía técnica*. Es la potestad del municipio de regular sus asuntos de interés local, sujetos a su competencia que otorga la Constitución y el artículo 4 del Código Municipal, tales como urbanismo, higiene, medio ambiente, normas de policía, regulación de actividades industriales, comerciales y de servicio, usos de bienes y espacios públicos, sistema de tributación, entre otros, de la manera que considere conveniente.

d) *Autonomía económica*. Consiste en darse su propio presupuesto municipal<sup>11</sup> que contendría los egresos e ingresos municipales. En efecto, tiene su propio sistema de tributos municipales,

---

<sup>9</sup> El Código Municipal en los artículos 20 y siguientes, establece que para la creación de un municipio deben concurrir los requisitos siguientes: 1) una población no menor de diez mil habitantes constituidos en comunidades inadecuadamente asistidas por los órganos de gobierno del municipio al que pertenezca; 2) un territorio determinado, 3) un centro de población no menor de dos mil habitantes que sirva de asiento a sus autoridades; 4) la posibilidad de recursos suficientes para atender los gastos de gobiernos, administración y prestación de los servicios públicos esenciales; y, 5) estar en conformidad con los planes de desarrollo nacional.

<sup>10</sup> Giuliano, D. A., *Derecho municipal: autonomía y regionalización asociativa*, Ediar S. A., Buenos Aires, 2006, pp. 46 y 47.

<sup>11</sup> Los municipios están obligados a desarrollar su actuación administrativa y de gobierno anualmente a través de un presupuesto de ingresos y egresos aprobado con iguales formalidades que las ordenanzas y con el voto de dos tercios de los concejales. Este debe comprender las disposiciones generales, constituidas por todas aquellas normas que se consideren complementarias, reglamentarias, explicativas o necesarias para la ejecución de los presupuestos, y el concejo puede incorporar los anexos que considere necesarios. En este documento se prohíbe la estimación de ingresos que no tengan base legal para su percepción cierta y efectiva. Una vez aprobado dicho presupuesto, el concejo debe enviar un ejemplar a la Corte de Cuentas de la República. (Véase los artículos 72 y siguientes del Código Municipal).

ya que la Constitución en el artículo 133 le otorga iniciativa de ley para que sus tarifas o impuestos municipales sean aprobados por la Asamblea Legislativa. No obstante, los concejos municipales solo tienen la potestad de decretar tasas y contribuciones especiales para recaudar ingresos por los servicios públicos que presten. Además, ingresan al erario municipal los ingresos provenientes de las multas que impongan en el ejercicio de su potestad sancionadora.

Para fortalecer la autonomía económica, el artículo 207 de la Constitución dispuso crear el Fondo para el Desarrollo Económico y Social,<sup>12</sup> como entidad de descentralizada de Derecho público que tendrá la función de otorgar fondos financieros a los municipios por medio del Instituto Salvadoreño de Desarrollo Municipal. Esto en virtud de que no todos los municipios tienen el mismo nivel de desarrollo por razones geográficas, políticas y sociales, lo cual no les permite cumplir con la prestación de servicios públicos y realizar obras de interés local

En consecuencia, se les otorga el 8 por ciento anual del Fondo General de la Nación por medio del Instituto Salvadoreño de Desarrollo Municipal,<sup>13</sup> entidad descentralizada cuyo objetivo básico es proporcionar asistencia técnica, administrativa, financiera y de planificación a las municipalidades, sin importar tamaño, situación económica, ni color de bandera política, y todo con la finalidad de capacitarlas para el mejor cumplimiento de sus funciones y atribuciones.

El referido porcentaje se distribuye, según los criterios siguientes:<sup>14</sup> 1) el 50 por ciento se distribuye proporcionalmente a la población de cada municipio, 2) el 25 por ciento se reparte en los 262 municipios existentes en la República, 3) un 20 por ciento de acuerdo a los índices de pobreza de cada municipio, y 4) el 5 por ciento restante se reparte según la extensión territorial a cada municipio.

## **VI. GOBIERNO MUNICIPAL: ESTRUCTURA Y COMPETENCIAS**

El concejo municipal ejerce el gobierno municipal y tiene un carácter deliberante y normativo. Está integrado por un Alcalde, un Síndico y el número de regidores o concejales que puedan tener. Desde un número de dos hasta doce, según la cantidad de habitantes del municipio, tal como lo prescribe el artículo 24 del Código Municipal. Además, el artículo 80

---

<sup>12</sup> El artículo 3 de la Ley del Instituto Salvadoreño de Desarrollo Municipal estipula que «tendrá como objetivo básico proporcionar asistencia técnica, administrativa, financiera y de planificación, con la finalidad de capacitar a las Municipalidades para el mejor cumplimiento de sus funciones y atribuciones».

<sup>13</sup> El artículo 6 de la Ley Fondo para el Desarrollo Económico y Social de los municipios de El Salvador establece que el Gobierno central depositará en una cuenta especial a nombre del Instituto Salvadoreño de Desarrollo Municipal. El Instituto depositará en la cuenta de cada municipio los recursos mencionados en el artículo anterior a más tardar dentro de los diez días siguientes de tenerlos a su disposición. Estos fondos no podrán ser utilizados para el pago de salarios salvo que la Asamblea Legislativa lo autorice por justa causa.

<sup>14</sup> El artículo 1 determina que el Fondo para el Desarrollo Económico y Social de los municipios de El Salvador, estará constituido por un aporte anual del Estado igual a ocho por ciento de los ingresos corrientes netos del presupuesto del Estado, a partir del ejercicio fiscal del 2005, que deberá consignarse en el mismo en cada ejercicio fiscal, y entregado en forma mensual y de acuerdo a los criterios referidos en *supra*.

de la Constitución señala que son «funcionarios de elección popular» y su mandato es para tres años, pudiendo ser reelectos cuantas veces el pueblo lo decida por medio del sufragio.

Con lo anterior determinamos que el régimen de gobierno municipal que acogemos es al estilo de *ayuntamiento*, propio del sistema español, aunque el Código Municipal les denomina concejo municipal donde el mismo y cada uno de sus miembros tienen funciones específicas.

El referido Código prescribe que el concejo municipal es la autoridad máxima del municipio y que el Alcalde lo dirige al momento de sesionar. Además, corresponde nombrar a un secretario de actuaciones que tiene ante toda la misión de autenticar, de dar fe de los hechos y actos del Concejo y de algunos actos del Alcalde.

Es importante mencionar que en El Salvador históricamente el sistema electoral municipal era de carácter mayoritario. La planilla inscrita en el Tribunal Supremo Electoral del partido político que obtuviera el mayor número de votos en el escrutinio final era declarada como ganador por dicha entidad electoral.

Sin embargo, con la promulgación del Código Electoral de 2013, en el artículo 219, el sistema electoral se convierte en *proporcional* y se establecen reglas para la elección municipal donde el partido político o coalición que obtenga la mayoría simple de los votos válidos les corresponden los cargos de Alcalde y Síndico Municipal. El resto de regidores propietarios se distribuirán proporcionalmente a los demás contendientes, para lo cual se determinará un cociente electoral que será el que resulte de dividir el total de votos válidos del municipio con el número de regidores a elegir.

La participación de todos los partidos políticos minoritarios en el Concejo Municipal puede llegar a garantizar la transparencia y la democracia dentro de ellos, pero también si no existe madurez los funcionarios electos pueden ocasionar ingobernabilidad.

Por otra parte, según la *naturaleza política*, le corresponde al Concejo Municipal normar por medio de las ordenanzas aspectos de interés local, como el ornato, salubridad, moralidad pública, urbanismo, los usos de suelo, el tránsito del transporte público, el medio ambiente, las actividades comerciales, industriales y de servicio, el uso de bienes públicos (plazas y parques), tasas y contribuciones especiales, entre otras.

El municipio por su nivel de autonomía tiene su propia *hacienda municipal*, es decir su propio régimen de bienes municipales tanto de uso público y uso privado. Además, el Código Municipal en el artículo 138 le confiere facultades para expropiar cuando se trate de realizar obras de interés social y utilidad pública. Además, tienen la potestad de asociarse con otros municipios con el fin de resolver problemas comunes de orden local y, finalmente, pueden crear entes desconcentrados, empresas municipales para fortalecer su sistema de ingresos a la hacienda municipal.

El alcalde municipal cumple una doble función, por un lado, es miembro del concejo municipal, y por el otro es su presidente. Como miembro del concejo tiene los mismos



derechos y obligaciones que el resto de regidores, así como derecho a un voto al igual que los demás (salvo en caso de empate, donde según el artículo 43 del Código Municipal tiene doble voto), y puede abstenerse cuando lo considere conveniente. Funge como el presidente del concejo municipal y tiene una serie de atribuciones especiales. Las principales son:

- Convocar al concejo para celebrar sesiones ordinarias y extraordinarias.
- Presidir las sesiones, someter a conocimiento del concejo los asuntos que sean de su competencia según lo establece el Código Municipal.
- Llevar las relaciones entre la municipalidad que representa y los organismos públicos y privados, así como con los ciudadanos en general.
- Ejercer las funciones del gobierno y administración municipales expidiendo al efecto, los acuerdos, órdenes e instrucciones necesarias y dictando las medidas que fuere convenientes a la buena marcha del municipio y a las políticas emanadas del Concejo.
- Supervisar la actuación del secretario del concejo y autorizar certificaciones, entre otras atribuciones.

El síndico es otro miembro del concejo con iguales derechos y obligaciones con los demás miembros. El artículo 51 del Código Municipal le encomienda atribuciones autónomas entre las cuales destacan:

- Representar y defender judicial y extrajudicialmente los intereses del municipio en todo lo relacionado con los bienes, derechos y obligaciones municipales conforme a la Ley. No debe confundirse la representación judicial del síndico con la representación legal administrativa del Alcalde. No obstante, el Concejo podrá nombrar apoderados generales y especiales;
- Velar porque los contratos que celebre la municipalidad se ajusten a las prescripciones legales;
- Emitir dictamen en forma razonada y oportuna en los asuntos que el Concejo o Alcalde le soliciten;
- Examinar y fiscalizar las cuentas municipales, proponiendo al Concejo las medidas que tiendan a evitar inversiones ilegales, indebidas o abusos en el manejo de los recursos del municipio;
- Asesorar al Concejo y al Alcalde. Nótese que el Síndico en la legislación salvadoreña juega el papel del *abogado* del Alcalde y del Concejo.

Los regidores o concejales tienen la función prioritaria de concurrir a formular políticas generales del gobierno local, donde se fundamentarán la orientación social, política y económica de la sociedad local y la actividad administrativa a desplegar por el Alcalde.

Además, de acuerdo con el artículo 53 del Código Municipal, corresponde a los regidores o concejales concurrir con voz y voto a las sesiones, integrar y desempeñar las comisiones para las que sean designados y las demás que les correspondan por ley, ordenanzas o reglamentos.

## VII. PRINCIPALES POTESTADES DEL MUNICIPIO

### 7.1. Potestad normativa

La Constitución le otorga potestades normativas para dictar ordenanzas locales y reglamentos que le permita regular y administrar, dentro de su territorio, las materias de su competencia. De igual forma, el Código Municipal le reafirma dicha facultad para normar el gobierno y la Administración local a los respectivos concejos de cada municipalidad.

En este sentido, el Código Municipal define las ordenanzas municipales en el artículo 32 como «normas de aplicación general dentro del Municipio sobre asuntos de interés local»; por tanto, se constituyen como actos normativos de alcance general de carácter obligatorio que afectan a todo administrado que realice actividades en la circunscripción territorial del municipio son dictadas en el ejercicio de la autonomía que les confiere la Constitución en el artículo 204.

Por lo cual tienen fuerza vinculante en su territorio municipal, una vez entren en vigencia, previa publicación en el Diario Oficial, siendo necesaria que sean acordadas en atención a lo que estatuye la Constitución y las leyes que regulen su «zona de reserva normativa de la Administración municipal» (Código Municipal, Ley Tributaria Municipal, Ley de Convivencia Ciudadana, entre otras), y otras leyes que regulen su competencia en razón de la materia (Ley Forestal, Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley para la comercialización y producción de bebidas alcohólicas, para mencionar algunas), con el propósito de mantener el principio de jerarquía normativa.<sup>15</sup>

Además, es importante señalar que los alcances de las ordenanzas municipales, no son idénticos a los de los reglamentos, aunque posea algunas similitudes. Estos están determinados por dos alcances, a saber:

*a) El alcance material.* Hace referencia a aquellas materias que pueden ser normadas válidamente en un municipio por medio de la emisión de ordenanzas, por tanto, deben respetarse el marco de su competencia que le ha sido distribuido por el artículo 204 de la Constitución y el artículo 4 del Código Municipal. Por lo cual debe recordarse que al igual que los reglamentos deberá de respetar las zonas de reserva de la ley formal.

*b) El alcance territorial.* Está referido a la circunscripción geográfica sobre la cual podrán válidamente las municipalidades ejercer su potestad normativa, lo que implica que debe

<sup>15</sup> Véase sentencia de amparo, del 13 de octubre de 2006, referencia 524-2005.

respetarse las respectivas demarcaciones territoriales, de tal forma, que una municipalidad no podrá pretender emitir disposiciones o aplicarlas en otros municipios que no formen parte de su competencia territorial.

## 7.2. Potestad expropiatoria

La potestad de expropiarle un bien a un ciudadano de parte de la Administración, nace en virtud del artículo 106 de la Constitución por causas de utilidad pública o interés social, todo en relación con el principio de garantía patrimonial de la Administración. En consecuencia, el municipio tiene la potestad de privar coactivamente al titular de un bien inmueble del derecho sobre él, siguiendo el procedimiento legal correspondiente y pagando una previa indemnización en dinero e integralmente justa. El municipio, como titular de la potestad expropiatoria, recurrirá a ella si se dan los supuestos jurídicos esenciales de esta, como son la causa de utilidad pública o interés social y la indemnización, tal como se refiere el artículo 106 de la Constitución.

El artículo 138 del Código Municipal señala que cuando el Concejo requiera la adquisición de un inmueble o parte de él para la consecución de una obra destinada a un servicio de utilidad pública o de interés social, podrá decidir adquirirlo voluntaria o forzosamente conforme a las reglas de este título, siempre que no pudiera ser adquirido voluntariamente. La adquisición forzosa se decidirá con el voto de *dos tercios* de los miembros del Concejo.

Para el caso, el artículo 12 de la Ley de Mercados de la Ciudad de San Salvador declara de utilidad pública e interés social las obras y edificaciones que habrán de constituir los mercados a construirse por la municipalidad. Para la construcción de dichos mercados se tiene como legalmente comprobado que es de utilidad pública la adquisición de los inmuebles descritos en los proyectos y planos aprobados por la municipalidad.

En cuanto a la indemnización, debe entenderse que es la compensación económica que deberá pagarse al propietario por su derecho de propiedad sobre el bien objeto de la expropiación, que para el caso municipal únicamente pueden ser los inmuebles. La indemnización debe ser previa (salvo en casos puntuales establecidos por la Constitución), justa y en dinero en efectivo.

En cuanto al procedimiento expropiatorio, en el artículo 140 del Código Municipal se indica que la municipalidad podrá seguir el procedimiento especial de expropiación contra los propietarios o poseedores con quienes no llegara a concertar voluntariamente la compraventa de sus inmuebles respectivos. En ese caso el juez de lo civil competente o en su defecto el juez de primera instancia a cuya jurisdicción corresponde el municipio interesado.

La municipalidad, por medio del síndico o apoderado suficientemente facultado, interpondrá la demanda en la que se hará relación de la obra o servicio que llevará a cabo con descripción del o los inmuebles que se necesitará expropiar, así como las formas y

condiciones de pago. En caso de obtener una sentencia estimatoria, según el artículo 150 del Código Municipal, quedará transferida la propiedad de los bienes, libre de todo gravamen, a favor de la municipalidad, y se inscribirá como título de dominio la ejecutoria de dicha sentencia.

### **7.3. Potestad de sancionadora**

Según el artículo 14 de la Constitución salvadoreña, la autoridad administrativa puede sancionar, mediante resolución o sentencia y previo al debido proceso, las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas, con arresto de hasta cinco días o con multa, la cual podrá permutarse por servicios sociales prestados a la comunidad.

El concejo municipal dispone de la competencia para imponer sanciones de arresto, multas, realizar decomisos o clausurar establecimientos por infracciones administrativas determinadas en leyes tales como el Código Municipal, Ley Tributaria Municipal, Ley de Convivencia Ciudadana, Ley Forestal y Ley para la comercialización y producción de bebidas alcohólicas, además de las ordenanzas que emita dentro de sus potestades normativas.

### **7.4. Potestad de prestar servicios públicos**

La delimitación conceptual de servicio público es uno de los que mayor discusión causa en el Derecho administrativo contemporáneo, pues existen desde concepciones amplias hasta restringidas. La variedad de acepciones con que se toma el concepto de servicio público podemos verla en nuestra Constitución, como sinónimo de actividad o función administrativa, y actividad del Estado para satisfacer los intereses de la colectividad.

El artículo 110 de la Constitución de la República determina que la prestación de los servicios públicos no es propia de las entidades del Estado, sino que se extiende su prestación a los municipios. Siguiendo al Código Municipal, los servicios públicos que prestan los municipios deben reunir las siguientes connotaciones:

- a) Son servicios públicos de carácter local y deben ser prestados por la municipalidad y solo de forma subsidiaria por el Estado, cuando ellos no puedan hacerlo por razones económicas o administrativas;
- b) Los municipios podrán asociarse para mejorar, defender y proyectar sus intereses o concretar entre ellos convenios cooperativos a fin de colaborar en la realización o prestación de los servicios públicos que sean de interés común para dos o más municipios; y,
- c) Que la municipalidad prestará los servicios públicos de interés para la comunidad local, lo cual lo convierte en un garante de prestar los servicios fundamentales para la comunidad.

Para poder utilizar una clasificación que nos permita identificar los servicios públicos municipales, seguimos la clasificación clásica, en donde se bifurcan los

servicios que son propios y exclusivos de la Administración y los prestados por los particulares, pero con la reglamentación y supervisión del Estado, que le denomina *servicios impropios o virtuales*, porque le corresponde a la Administración competir en el sistema de libre mercado. Aspecto que ha sido muy bien acogido por la liberación y desregulación económica.

Para identificar algunos servicios municipales planteamos como referencia el artículo 130 de la Ley General Tributaria Municipal, que estipula que

estarán afectos al pago de las tasas, los servicios públicos tales como los de alumbrado público, aseo, ornato, baños y lavaderos públicos, casas comunales municipales, cementerios, dormitorios públicos, mercados, establecimientos en plazas y sitios públicos, pavimentación de vías públicas, rastro municipal, tiangues, estadios municipales, piscinas municipales y otros servicios que las condiciones de cada Municipio le permitan proporcionar al público o que representen uso de bienes municipales.

Veamos a continuación algunos servicios públicos que en el ámbito de sus potestades corresponde prestarlos a las municipalidades.

#### **7.4.1. SERVICIOS PÚBLICOS PROPIOS**

##### **a. Alumbrado público**

Las municipalidades tienen a su cargo la prestación de este servicio, cobrándoles una tasa a los ciudadanos propietarios de los inmuebles urbanos donde se suministre dicho servicio. La cuantía de la tasa varía en cada una de las municipalidades, según las tarifas de arbitrios municipales.

##### **b. Caminos vecinales y pavimentación**

La construcción, reparación y mantenimiento de los caminos vecinales y calles de las colonias y barrios de las poblaciones le corresponde a las municipalidades. Los impuestos de carreteras, por medio del Fondo Vial que se cobra por medio del consumo de combustible a los conductores de vehículos automotores y el impuesto de vialidad se destinan con carácter específico para tales fines. Además, la municipalidad cobra una tasa según sus arbitrios a los ciudadanos que posean inmuebles dentro de su circunscripción territorial para pavimentar y darle mantenimientos a las calles locales o vecinales.

##### **c. Recolección de desechos sólidos**

La municipalidad tiene la obligación de mantener la limpieza y la recolección de desechos sólidos, por medio del «tren de aseo». Para ello cobra una tasa correspondiente. Las municipalidades tienen como práctica pasar por las colonias y barrios recogiendo la basura tres días por semana.

#### **d. Rastros**

Estos establecimientos son los destinados para el sacrificio y destace de los animales que proporcionan carne para el consumo de la población del municipio. Las municipalidades velan por la administración de estos, nombrando el personal adecuado para su funcionamiento. Aunque es de aclarar que la mayoría de estos establecimientos son otorgados en concesión a empresas privadas. Dentro de las tasas por los servicios que presten los rastros municipales quedarán comprendidas las siguientes actividades: revisión de ganado mayor y menor destinado al sacrificio, inspección veterinaria posterior al sacrificio, matanza y destace de ganado mayor y menor, servicio de refrigeración de carne, servicio de corral y otros (artículo 134 de la Ley General Tributaria Municipal). Es de destacar que además estos establecimientos son supervisados por el Ministerio de Salud, para verificar las condiciones sanitarias de su funcionamiento.

#### **e. Servicios administrativos y jurídicos**

La Ley General Tributaria Municipal en el artículo 131 estipula que también estarán afectos al pago de tasas los *servicios jurídicos y administrativos* proporcionados por el municipio, tales como: auténticas de firmas, emisión de certificaciones de nacimiento, defunción y constancias, guías, documentos privados, licencias, matrículas, permisos, matrimonios, testimonios de títulos de propiedad, transacciones de ganado y otros servicios de similar naturaleza que preste el municipio, así como otras actividades, que requieren control y autorización municipal para su funcionamiento.

### **7.4.2. SERVICIOS PÚBLICOS IMPROPIOS**

#### **a. Cementerios**

En cada una de las poblaciones de la república hay lugares destinados a los enterramientos de los cadáveres, los cuales se denominan cementerios. Estos son edificados en terrenos municipales y deben de contar con el permiso y supervisión del Ministerio de Salud para su funcionamiento. La Ley General Tributaria Municipal en el artículo 136 clasifica a los cementerios en inmuebles urbanos o rurales, que se utilizan para el enterramiento, inhumación e incineración de restos humanos.

El artículo 137 de la Ley General Tributaria Municipal señala: «Los cementerios podrán ser Municipales, Particulares y de Economía Mixta. Son Municipales los establecidos y administrados por las Municipalidades. Son Particulares los establecidos y administrados con capital privado, incluyendo en estos las criptas mortuorias en los templos religiosos. Son de Economía Mixta los establecidos y administrados con capital municipal y privado».

#### **b. Servicios funerarios**

No en todas las municipalidades se presta el servicio de velación de cadáveres. Los familiares deben pagar una tasa por la sala y demás servicios de velación. En los últimos años, las mu-

nicipalidades de mayor envergadura, generalmente las cabeceras departamentales, prestan estos servicios por los altos costos que representan el pago de las funerarias privadas.

### **c. Mercados de abasto y tiangués**

Desde la colonia se formaron los lugares destinados para que los agricultores y ganaderos vendan sus productos para abastecer a diario a la comunidad. Los mercados son de carácter permanente, a diferencia de los tiangués que, en muchas ocasiones, son transitorios para vender ganado bovino y porcino.

La Ley General Tributaria Municipal en el artículo 133, en cuanto a las tarifas de los mercados, establece que las tasas por locales y puestos de venta, así como por otros servicios que presten los mercados municipales, deberán fundamentarse en criterios tales como: la ubicación y tamaño de los puestos locales; la comodidad y facilidades que estos ofrezcan, la naturaleza de las ventas, el volumen y demanda de los productos comercializados.

### **d. Estacionamientos o parquímetros**

En nuestro país, la mayoría de zonas de estacionamiento es privada y son proporcionadas por los centros comerciales. En algunos casos son gratuitos y en otros se paga un precio. Sin embargo, en algunas municipalidades se paga una tasa por las zonas propiedad del municipio para el estacionamiento de vehículos automotores en calles, plazas avenidas y demás sitios públicos establecidos o autorizados por ellos. Que además puede ser por medio del sistema de parquímetros.

## **VIII. PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL MUNICIPIO**

La posibilidad de hacer efectiva la democracia, y de ejercerla a través de la participación ciudadana, está directamente vinculada con el tipo de relación que se pueda establecer entre el gobierno municipal y la población. Como manifiesta Tenaglia<sup>16</sup> «la participación ciudadana cumple varias funciones, las cuales todas van encaminadas a defender los intereses particulares y legítimos de las comunidades que conforman al municipio». Es por ello que el Código Municipal establece diferentes formas para que la población pueda ser parte de la toma de decisiones del Concejo Municipal. Estas son algunas:

### **8.1. Sesiones abiertas del concejo municipal**

El artículo 39 del Código Municipal establece que las sesiones del Concejo Municipal serán privadas, salvo que este acordara hacerlas públicas, y en ellas podrá tener participación cualquier miembro de la comunidad, con voz, pero sin voto, previamente autorizado por el concejo. Lo anterior posibilita que puedan hacerse públicas.

---

<sup>16</sup> Tenaglia, I. D., *Autonomía municipal: sobre esta piedra edificaremos el Estado*, Scotti Editora, La Plata, 2009, p. 59.

**a. Cabildo abierto**

Son asambleas convocadas periódicamente por los concejos municipales donde pueden participar todas y todos los vecinos de un municipio, de acuerdo con el artículo 115 del Código Municipal. Según el Código, debe realizarse por lo menos cada tres meses, para informar de la gestión municipal o tratar temas que los y las vecinas hayan solicitado y que el concejo considere de su conveniencia.

**b. Consulta popular**

Según el artículo 116 del Código Municipal, el concejo puede convocar a los ciudadanos de su circunscripción territorial para que por medio de una consulta —plebiscito municipal— puedan expresar su opinión, cuando así lo considere dicho Concejo, con el fin que se exprese la voluntad de la población respecto a un determinado proyecto o política a desarrollar. El Concejo no podrá actuar en contra de la opinión de la mayoría expresada en la consulta, por lo tanto es vinculante.

**c. Asociaciones comunales**

El Código Municipal, en su artículo 118, establece disposiciones en las que se da paso a la participación colectiva organizada. Las asociaciones comunales «son organizaciones permanentes, formadas por personas que pertenecen a un determinado barrio, colonia, caserío o cantón, que se asocian para trabajar en el estudio de la realidad social, de los problemas y necesidades de sus comunidades, así como en las propuestas de solución».

Las asociaciones pueden trabajar en diferentes campos, que sean de beneficio para las comunidades en coordinación con el municipio, a fin de que las principales necesidades de interés local sean resueltas por el concejo municipal.

**d. Comisiones y comités de desarrollo local**

El artículo 125 del Código Municipal determina que el Concejo Municipal podrá requerir de la cooperación comunal mediante la incorporación de personas o de representantes de la comunidad, en comisiones para el asesoramiento permanente o especial al Concejo.

Por otra parte están los comités de desarrollo local, que se constituyen en mecanismos de participación con carácter permanente, donde se reúnen población y gobierno municipal, en un ambiente de entendimiento en función del interés común del municipio. Estos mecanismos están siendo asumidos por los municipios y considerados por instituciones gubernamentales y no gubernamentales como instancias importantes y necesarias en la democratización de los procesos de desarrollo local. Existen otros mecanismos, como las mesas distritales, mesas sectoriales de concertación y buzones de sugerencias, que se han desarrollado en los distintos municipios del país.



En suma, para lograr una adecuada participación ciudadana, la información es una condición básica, pues el desconocimiento y la desinformación son los primeros obstáculos que encuentra la ciudadanía en su vinculación con la municipalidad. Ahora con la Ley del Acceso a la Información Pública, cualquier ciudadano puede solicitar información para ejercer mecanismos de control.

## IX. CONCLUSIONES

El municipio es el ente encargado de desarrollar, orientar y ordenar la vida social, económica, política y cultural de una comunidad. Su existencia en El Salvador viene desde tiempos de la Colonia española. Ha tenido un rol protagónico para contribuir al desarrollo de los pueblos locales y la vida comunal.

Desde los Acuerdos de Paz firmados en 1992 (Chapultepec, México), se han hecho esfuerzos para construir una sociedad civil dentro del nuevo proceso democrático. En consecuencia, la existencia de los municipios reviste especial importancia por cuanto deben convertirse en entes generadores, promotores y ejecutores de acciones que conduzcan a hacer una realidad dicho proceso democrático. Articulándose al país en su conjunto, hacia nuevas herramientas de desarrollo económico y social.

Los municipios constituyen una unidad política administrativa primaria dentro de la organización del Estado, que tienen autonomía suficiente. Se encuentran organizados bajo un ordenamiento jurídico que garantiza la participación popular en la forma y condición de la sociedad local.

## X. BIBLIOGRAFÍA

Colindres Brandt, J., *Aproximaciones al régimen jurídico municipal en El Salvador*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Ver página web: [www.juridicas.unam.com](http://www.juridicas.unam.com).

Giuliano, D. A., *Derecho municipal: autonomía y regionalización asociativa*, Ediar S.A., Buenos Aires, 2006.

Fernández Ruiz, J. *Servicios públicos municipales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2009.

Hernández, J. M., *Autonomía municipal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2011.

Méndez, J. M. (p), *Historia constitucional de El Salvador*, Tomo I, Publicación de la Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador, 1999.

Olivos Campos, J. R., *Derecho municipal*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 2011.

Quintana Roldán, C., *Derecho municipal*, Porrúa, México D. F., 1995.

Rendón Barrera, T., *Derecho municipal*, 3ª edición, Porrúa, México D. F., 1998.

Robles Martínez, R., *El municipio*, Porrúa, México D. F., 2009.

# EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA ANTE LOS GOBIERNOS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS LOCALES\*

Por VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE\*\*

## SUMARIO

I. Introducción. II. La gestación de la participación ciudadana en el ámbito local. III. La participación ciudadana en la Constitución de 1961. IV. La participación ciudadana en la Constitución de 1999. V. La participación ciudadana prevista en algunas leyes nacionales. VI. Los retos de la participación ciudadana en el nuevo milenio. VII. Consideraciones finales.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas de nuestro tiempo es la transformación de la Administración Pública contemporánea, a través del desarrollo de las formas de participación ciudadana en la actividad administrativa. Si bien es cierto que Brito Checchi sostiene que Diógenes de Apolonia fue el primero en plantearse desde el punto de vista filosófico el tema de la participación, le atribuye a santo Tomás de Aquino, la elaboración de una teoría completa sobre la participación.<sup>1</sup>

---

\*Este trabajo tiene su origen en uno más extenso titulado «Administración Local, Autonomía y Participación Democrática en Venezuela», que fue premiado con Mención Especial por la Unión Iberoamericana de Municipalistas en el I Concurso Iberoamericano «Ángel Ballesteros» de Estudios y Buenas Prácticas Locales, en Guayaquil-Ecuador, noviembre, 2006. No obstante, ha sido revisado y actualizado para incorporarle el desarrollo y las reformas experimentadas posteriormente, tanto a nivel nacional como internacional.

\*\* Director del Centro de Estudios de Regulación Económica. Universidad Monteávil. Doctor en Derecho. Profesor-Director del Centro de Estudios de Regulación Económica en la Universidad Monteávil (Venezuela) e invitado en la Maestría de la Universidad Externado de Colombia, siendo además parte del grupo de investigación en Derecho de la regulación de mercados energéticos del Departamento de Derecho Minero Energético de esta última Universidad; y miembro de la Comisión Académica del Doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, deoamericano de Derecho Administrativo. la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Red de Contratos Públicos en la Globalización Jurídica; fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, Asociación Internacional de Derecho Municipal y de la Red de Investigación de Derecho de los Bienes Públicos. [www.hernandezmendible.com](http://www.hernandezmendible.com)

<sup>1</sup> Mariano R. Brito C., con su característica profundidad filosófica afirma que fue Santo Tomás de Aquino quien sostuvo que «participar es como tomar una parte, y por eso cuando una cosa recibe particularmente lo que le pertenece a otra cosa de manera universal se dice que participa de aquello: como se dice que un hombre participa de animal porque no tiene la razón de animal según toda su amplitud, y por el mismo motivo Sócrates participa del hombre». El principio de participación en el Derecho Uruguayo, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, San José de Costa Rica. Número 5, 2005, p. 36.

Sin embargo, el origen «moderno» de la tesis de la participación ciudadana en las actividades de la Administración Pública constituye una reacción ante la Administración centralizada, autocrática, preeminentemente burocrática, dirigista en el ámbito económico y social del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Estas ideas reformistas surgieron en Francia<sup>2</sup> y como sostiene García de Enterría, alcanzarían el *clímax* durante mayo de 1968, que serviría para proyectar la idea de la participación ciudadana, convirtiéndola en una auténtica ideología.<sup>3</sup>

No es esta la ocasión de efectuar una revisión histórica de la participación en general y de la participación ciudadana en la actividad administrativa, lo que ha sido objeto de excelentes estudios por los científicos dedicados a las ciencias filosóficas, políticas, administrativas, sociológicas y jurídicas, en especial durante la segunda mitad del siglo XX<sup>4</sup> y lo que va de este.<sup>5</sup>

Estos comentarios están destinados a abordar de manera más modesta el tema de la participación ciudadana en Venezuela, pero circunscrita al ámbito de la Administración local, por ser realmente la que se encuentra más cercana a los ciudadanos y donde la participación ha logrado alcanzar un efectivo progreso durante los últimos treinta años.

<sup>2</sup> Las primeras ideas sobre la participación ciudadana en la gestión administrativa se ubican en 1930, con la aparición de la primera obra sobre *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, de Bernard Geny y pocos años después con el *Précis de Droit Administratif*, 12ª ed., París, 1933, de Maurice Hauriou. Cabe destacar entre los administrativistas franceses el trabajo de Jean Rivero, elaborado como contribución para el homenaje ofrecido a René Savatier, titulado *À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui; démocratie et administration*, Paris, Librairie Dalloz, 1965, pp. 821-833.

<sup>3</sup> Eduardo García de Enterría señala que conforme a este ideario «toda superioridad debe ser previamente aceptada para ser admitida, no hay eminencias legitimadas por sí mismas, la disciplina impuesta es rechazable, la autogestión es la forma óptima de la vida social, económica y política, el asambleísmo, con sus catarsis dialécticas que hacen hablar al espíritu. La forma común de gobierno y de decisión. Por sí misma, la idea de participación se convierte en una "ideología" completa, y puede hablarse de una "euforia de la participación", en el expresivo término de Schmitt-Glaeser», Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa, *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, p. 441

<sup>4</sup> Entre otros véase Amalio Fiallo, *Hacia una democracia participativa*, PH Editorial, Florida, 1996.

<sup>5</sup> Se sugiere la consulta de los siguientes trabajos de enorme utilidad jurídica sobre el tema de la regulación de la participación ciudadana en Iberoamérica: José Luis Meilán Gil, El principio de participación en la Constitución Española, pp. 29-35; Mariano R. Brito C., El principio de participación en el Derecho Uruguayo, pp. 36-45; Juan Pablo Cajarville Peluffo, Poder Público y Participación Ciudadana en el Derecho Uruguayo, pp. 46-62; Carlos E. Delpiazco, Dimensión Tecnológica de la Participación del administrado en el Derecho Uruguayo, pp. 63-75; Allan R. Brewer Carías, La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los poderes públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas, pp. 76-95; Fausto de Quadros, El principio de participación en el derecho administrativo portugués, pp. 96-99; Jaime Rodríguez-Arana, La participación en la nueva ley de medidas para la modernización del Gobierno Local, pp. 100-119; Enrique Rojas Franco, La participación ciudadana en el Derecho Administrativo Costarricense, pp. 120-150; Juan Carlos Cassagne, La participación pública en el control de los servicios públicos, pp. 194-202; todos publicados en la *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, San José de Costa Rica. Número 5, 2005.

## **II. LA GESTACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL ÁMBITO LOCAL**

A partir del surgimiento del Estado constitucional y democrático de Derecho, no cabe duda alguna que la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, de donde emana la legitimación del ejercicio del Poder Público, que deben actuar al servicio de los ciudadanos, con la finalidad de satisfacer el interés general. Si bien en los tiempos modernos el pueblo ha ejercido el Poder utilizando el mecanismo democrático de la elección de sus representantes, a través del sufragio universal, libre, directo y secreto, ello no ha constituido óbice en el caso de Venezuela para que finalizando la década de los setentas del siglo xx, se comenzara a gestar un movimiento de transformación del modelo democrático exclusivamente representativo hacia el modelo democrático representativo (participación indirecta), pero descentralizado y participativo de manera real e inmediata (participación directa).

Fue así como se generó un debate en la década de los ochentas del siglo xx, que condujo a las importantes reformas jurídicas que permitieron avanzar en el reconocimiento de la participación ciudadana en los distintos niveles del Poder Público, teniendo particular importancia las reformas efectuadas en el ámbito local, a lo que se sumaría posteriormente el desarrollo del proceso de descentralización política y administrativa, iniciada a comienzos de la década del noventa, con la finalidad de acercar el Poder Público a los ciudadanos.

Al final de esta década existía consenso sobre la necesidad de profundizar la descentralización y de aumentar los niveles de participación directa, lo que fue aprovechado por los actores políticos emergentes para promover la reforma política y constitucional en Venezuela, justificada en el pretexto de sustituir la democracia representativa por una democracia participativa. Sin embargo, hay que señalar que la participación ciudadana no constituye una novedad de la Constitución de 1999, pues bajo la vigencia de la anterior se habían dado pasos agigantados en la promoción de la participación, tal como se mencionará seguidamente.

## **III. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1961**

Es cierto que la Constitución de 1961 establecía que el sistema de gobierno era representativo (artículo 4) y no reconocía expresamente el derecho a la participación, pero ello no constituyó óbice para que fuese desarrollado en el ordenamiento jurídico a través de distintas disposiciones. No existía ningún impedimento jurídico para tal reconocimiento, porque habiendo suscrito y ratificado la República de Venezuela tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25); la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21.1), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20) como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23.1), las cuales reconocen expresamente el derecho a la participación política, este gozaba de reconocimiento en virtud de la cláusula constitucional de derechos innominados y si ello no fuera suficiente, otras disposiciones

del ordenamiento jurídico desarrollaron la posibilidad del ejercicio del derecho a la participación, tal como ha dado debida cuenta la doctrina científica.<sup>6</sup>

En el ámbito local, la participación se desarrolló conforme a distintos vértices: el Reglamento Parcial 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre las Asociaciones de Vecinos<sup>7</sup> tenía por objeto promover la participación de las comunidades de vecinos en la gestión local.

Con respecto a la ordenación del territorio, la Ley Orgánica de Régimen Municipal establecía en el artículo 168 que los Concejos Municipales debían establecer el día y la hora en que se oiría públicamente a los interesados, sobre las propuestas de cambios de zonificación e igualmente exigía que la solicitud de cambio de zonificación debía estar respaldada bien por la Asociación de Vecinos en caso de que existiese o bien por la mayoría absoluta de los vecinos del área constituida como una unidad urbanística o de los vecinos residentes en el área establecida por la oficina municipal de planificación urbana, cuando no se hubiese constituido la unidad urbanística. Otro tanto establece la Ley que regula la ordenación del territorio que impone la obligación de someter a audiencia pública los proyectos de planes de ordenación urbanística, antes de su aprobación definitiva.<sup>8</sup>

Por su parte, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística<sup>9</sup> exige que el Concejo Municipal antes de la aprobación de los proyectos de planes de desarrollo urbano local se sometan a las «consultas públicas necesarias» durante un periodo de 60 días continuos para que los interesados efectúen las observaciones que consideren convenientes y posteriormente se abra un lapso de 30 días continuos para recibir en «audiencia» a los representantes de los organismos públicos y privados para escuchar su opinión sobre el proyecto (artículo 38). Tanto la consulta como la audiencia son de preceptiva realización, pero las propuestas, observaciones, recomendaciones o alegaciones no tienen carácter vinculante para la autoridad administrativa (artículo 40). Esta Ley establece que cualquier modifica-

<sup>6</sup> Allan Brewer-Carías, El Derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas, *Revista de Derecho Público*. Número 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 5-31.

<sup>7</sup> Las Asociaciones de Vecinos surgieron como organizaciones privadas destinadas a garantizar la participación de los integrantes de la comunidad en el gobierno local —sin que ello les haya impedido comportarse como auténticos grupos de presión—, que obtuvieron reconocimiento por primera vez en la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1978 y su Reglamento publicado en la Gaceta Oficial 31.692, de 8 de marzo de 1979, que luego fue derogado por el Reglamento Parcial 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal sobre la Participación de la Comunidad, publicado en la Gaceta Oficial 34.609, de 5 de diciembre de 1990, el cual dejó de tener vigencia en virtud de la derogación expresa efectuada por el artículo 297 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, de 8 de junio de 2005, que se corresponde al actual Disposición Derogatoria Única, luego de la sucesivas reformas parciales de dicha Ley, de 10 de abril de 2006, reimpresa por error material el día 21 de abril de 2006; modificada el 22 de abril de 2009; que finalmente fue reformada el 28 de diciembre de 2010.

<sup>8</sup> El artículo 30 de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, publicada en la Gaceta Oficial 3.238, de 11 de agosto de 1983, establece: «Antes de su aprobación definitiva, los planes de ordenación urbanística serán sometidos, de conformidad con la legislación de la materia, a un periodo de *audiencia pública* de 60 días continuos a fin de que los interesados puedan conocerlos y emitir observaciones sobre los mismos, a cuyo efecto, el organismo respectivo deberá darle la necesaria difusión».

<sup>9</sup> Gaceta Oficial 33.868, de 16 de septiembre de 1987.

ción o reforma de los planes de desarrollo urbano local se encuentran sujetas a consulta (artículo 45) e igualmente para realizar los cambios de zonificación se deben cumplir una serie de requisitos entre los cuales se encuentra la consulta a las Asociaciones de Vecinos o a la mayoría absoluta de los vecinos, lo que se deberá acreditar mediante la constancia de consulta y una vez aprobada en primera discusión el proyecto de ordenanza se debe determinar el día y hora en el cual el Concejo Municipal «oír públicamente a los interesados», previa información al público del nuevo uso propuesto (artículo 46).

Adicionalmente, cabe destacar que la garantía del derecho a la participación en el ámbito local se extiende en general, al ejercicio de las acciones judiciales en defensa de la zonificación, cuando un inmueble se destine a un uso contrario o se realicen construcciones ilegales (artículos 102 y 103) y en particular, mediante la designación de la figura del Síndico Vecinal,<sup>10</sup> así como de los convenios para realizar actividades de conservación y acondicionamiento de parques públicos y zonas verdes, la limpieza de áreas públicas y el financiamiento de tales actividades.<sup>11</sup>

La Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 amplió el espacio para la participación política, al establecer las siguientes modalidades de ejercicio de esta:

a) El reconocimiento de la iniciativa para la creación de un municipio o fusión de dos o más municipios existentes, a los ciudadanos integrantes de la comunidad o comunidades involucradas, en un porcentaje no menor del 20 por ciento de los inscritos en el registro electoral permanente (artículo 20.1).

b) El reconocimiento de la iniciativa para la creación de los Distritos Municipales o Metropolitanos, se le otorgaba a las comunidades organizadas en un porcentaje no menor del 20 por ciento de los inscritos en el registro electoral permanente (artículo 25).

---

<sup>10</sup> El Síndico Vecinal es un órgano de la Asociación de Vecinos, designado por esta, razón por la cual no tiene carácter de funcionario, que puede realizar sus funciones a título gratuito o percibiendo una remuneración, conforme lo determine la respectiva Asociación de Vecinos. Sus funciones se encuentran establecidas en el artículo 107 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística y son las siguientes: 1. Asistir a las Asociaciones de Vecinos en sus denuncias, quejas, reclamos, trámites, solicitudes, recursos y cualquier otro acto ante los órganos de la administración pública nacional, estatal o municipal; 2. Hacer del conocimiento del organismo competente, por iniciativa propia o a solicitud de los vecinos, las contravenciones en materia de usos, patentes, construcción u otros aspectos vinculados con la legalidad urbanística; 3. Instar a los organismos públicos nacionales, estatales o municipales a proceder en los supuestos de violación de las normas urbanísticas; 4. Hacer seguimiento a los procedimientos administrativos y jurisdiccionales en los cuales tengan interés las Asociaciones de Vecinos e intervenir en tales procedimientos cuando se pudieran ver afectados los intereses de dicha Asociación; 5. Brindar asistencia a las Asociaciones de Vecinos en sus relaciones con la participación de la comunidad en la elaboración de los planes de desarrollo urbano local y los programas de actuaciones urbanísticas; 6. Colaborar con las autoridades en la vigilancia del cumplimiento de los planes y ordenanzas en materia de zonificación.

<sup>11</sup> Durante el Gobierno del Presidente Rafael Caldera, entre 1994-1999, la primera dama de la república Doña Alicia Prieti, dentro del programa «Un Cariño para la Ciudad» celebró múltiples convenios con empresas privadas, quienes bajo el esquema de la responsabilidad social corporativa, contribuyeron al rescate y financiamiento de zonas verdes, así como de limpieza de áreas públicas.

c) El reconocimiento de la iniciativa para la creación de las parroquias a los ciudadanos interesados, vecinos de las comunidades en un porcentaje no menor del 10 por ciento de los inscritos en el registro electoral permanente (artículo 33).

d) La participación política mediante el sufragio universal, libre, directo y secreto de los cargos de alcaldes (artículo 51) o de concejales (artículo 56), aunque la elección de estos se venía produciendo desde la reforma de la Ley de 1984.

e) El reconocimiento de la iniciativa de cualquier ciudadano de instar al concejo municipal, cuando este se abstuviese de declarar la pérdida de investidura del alcalde o de un Concejal, conforme a las causales previstas en la Ley, para que se efectuase tal declaratoria dentro del plazo de 30 días o en caso que no se produzca la decisión o que esta se produzca negativamente, pudiese acudir ante la Corte Suprema de Justicia (artículo 68).

f) También se reconocía la figura de los cabildos abiertos, en los cuales se garantizaba la participación de las organizaciones vecinales, gremiales, sociales, culturales y deportivas de la comunidad, para que formularan preguntas, emitieran opiniones e hicieran proposiciones (artículo 171).

g) Las asociaciones de vecinos, las organizaciones sindicales, gremiales o agrupaciones representativas de sectores de la comunidad legalmente constituidos tenían reconocida la posibilidad de participar mediante el ejercicio de la iniciativa legislativa, mediante la presentación de proyectos de ordenanzas a los concejos municipales. Tal iniciativa debía ser respaldada por un número no menor de mil vecinos de la comunidad, debidamente identificados (artículo 174).

h) Se introdujo la figura del referéndum con el objeto de consultar las ordenanzas municipales, con excepción de las concernientes a la materia presupuestaria y tributaria (artículo 175).

i) Existía la posibilidad que los vecinos del municipio, en un número no menor al 10 por ciento de los habitantes de la comunidad, solicitaran en forma razonada la reconsideración de las ordenanzas,<sup>12</sup> salvo aquellas que fuesen de carácter tributario o de presupuesto, dentro del lapso de 3 meses a partir de la publicación en la Gaceta Municipal (artículo 176).

---

<sup>12</sup> El artículo 178 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal señalaba que recibida la solicitud de reconsideración, el Concejo Municipal debía decidir en un plazo no mayor de 60 días y si bien tal solicitud no tiene efecto suspensivo, en caso de producirse una omisión de pronunciamiento dentro de dicho plazo, por disposición legal la ordenanza quedaría suspendida en aplicación por un plazo de 60 días, en cuyo supuesto recobraría vigencia la que hubiese sido derogada, en caso de existir. Durante este último plazo, cualquier vecino de la comunidad podía solicitar a la Corte Suprema de Justicia la nulidad de la ordenanza, caso en el cual se mantendría la suspensión de la misma hasta tanto se produjese la decisión jurisdiccional, pero de no solicitarse oportunamente la nulidad en vía jurisdiccional, cesaría la suspensión de la ordenanza (artículo 179).

j) Los vecinos podían participar asesorando en las comisiones permanentes del propio concejo municipal (artículo 180.a).

Se señalaba un mecanismo de participación en la gestión de los bienes municipales, mediante el reconocimiento del derecho de los vecinos del municipio a solicitar al Concejo Municipal, la declaratoria de inexistencia de cualquier convenio, acuerdo o contrato que se realizase en contravención del artículo 109 de la Ley. En caso de negativa o de omisión de pronunciamiento en el plazo de 60 días siguientes a la solicitud, podrían acudir ante el órgano jurisdiccional administrativo para que se pronunciase sobre la pretensión de inexistencia de dicho negocio jurídico.

Complementariamente se reconocía el derecho de cualquier vecino a solicitar la intervención del Ministerio Público para que instase al Alcalde a actuar para el reconocimiento y rescate de la propiedad o posesión que ejercen terceros sobre terrenos ejidos u otros inmuebles municipales (artículo 184).

Además, se garantizaba la gestión en los servicios públicos, a través de las comisiones de vecinos que se encontraban encargadas de vigilar el buen funcionamiento de los servicios públicos municipales (artículo 180.b).

Se debe señalar que el reconocimiento del derecho a la participación en los asuntos públicos, no se encontraba exclusivamente en los tratados o convenciones internacionales de derechos humanos o en la legislación interna, sino que también las decisiones jurisdiccionales han hecho su aporte a favor del reconocimiento y ejercicio efectivo de este derecho.

Al respecto puede encontrarse la posición de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en sentencia de 5 de diciembre de 1996, en el asunto Antonio Gusman y otros, quienes actuando en representación de las comunidades indígenas del Estado Amazonas impugnaron la Ley de división política-territorial dictada por el Parlamento estatal, que se había sancionado sin contemplar que los pueblos indígenas constituían el 44 por ciento de la población en ese territorio, lo que implicó que estos no fuesen considerados al momento de establecer la distribución de los municipios en dicha entidad territorial, en evidente perjuicio de sus costumbres ancestrales. Es así como la sentencia estableció las ideas fundamentales siguientes:

1. El derecho a la participación política en una sociedad democrática constituye un principio de rango constitucional, denominada gobernabilidad participativa (Preámbulo penúltimo párrafo, artículos 2 y 3 de la Constitución).

2. La participación en los asuntos públicos constituye un principio constitucional en defensa del interés general, de la comunidad y garantiza una retroalimentación entre el Estado y la sociedad, así como una reafirmación de la legitimidad democrática.

3. La participación ciudadana en el procedimiento legislativo de formación de la ley, permite descubrir los intereses generales de la comunidad y verificar la real respuesta de sus aspiraciones, así como el eficiente cumplimiento de su finalidad.



4. La actuación unilateral legislativa se justifica en la formalidad de su elaboración, mas no en su contenido, en cuanto a los intereses sociales y públicos.

5. El derecho a la participación debe verificarse mediante la consulta popular en la formación de la ley, la cual debe realizarse antes y durante la actividad legislativa y no tanto solo en el momento de la promulgación por el Poder Ejecutivo.

6. La participación constituye una forma de expresión política y es un fenómeno de la vida democrática que al realizarse antes de la emanación de la norma, instruye a la autoridad sobre los legítimos intereses y las necesidades de la comunidad, lo que produce como consecuencia positiva, el respaldo democrático de su aplicación.

La sucinta exposición anterior permite concluir que durante la vigencia de la Constitución de 1961, y más específicamente desde finales de la década de los setenta del siglo xx, el derecho a la participación en los asuntos públicos se comenzó a desarrollar y logró adquirir reconocimiento constitucional, legal, administrativo, jurisprudencial y doctrinal.<sup>13</sup>

#### IV. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1999

La Constitución de 1999 establece en su preámbulo que persigue establecer una sociedad democrática y participativa, en tanto que el gobierno también debe ser democrático, participativo, electivo, descentralizado, alternativo, responsable, pluralista y de mandatos revocables (artículo 6).

A fines de garantizar la participación se reconoce que esta es un derecho de todos los ciudadanos, quienes pueden participar libremente en los asuntos públicos, tanto directamente como a través de sus representantes electos. Es así como «la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica» (artículo 62).

Entre los mecanismos de participación política, se establece el referendo popular que se debe realizar en el ámbito municipal para consultar las materias de especial trascendencia municipal, correspondiendo la iniciativa al concejo municipal, por acuerdo de las tres cuartas partes de sus integrantes, a instancia del alcalde o a solicitud de la comunidad en un número no menor al 10 por ciento del total de los inscritos en el municipio respectivo (artículo 71).<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Allan Brewer-Carías, El Derecho administrativo y la participación de los administrados en las tareas administrativas, *Revista de Derecho Público* 22, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 5-31; Carlos Manuel Ayala Corao, El derecho a la participación política de los pueblos indígenas, *Revista de Derecho Administrativo* 1, Ed. Sherwood, Caracas, 1997, pp. 191-214.

<sup>14</sup> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional negó el carácter decisorio o vinculante del referendo consultivo, en la sentencia 22, de 22 de enero de 2003, al señalar que «en virtud de los razonamientos expuestos, esta Sala Constitucional declara que el referendo consultivo previsto en el

Además se establece el referendo revocatorio de los cargos de elección popular, valga decir, del alcalde, los concejales y los integrantes de las juntas parroquiales, cuando haya transcurrido la mitad del periodo para el cual fueron elegidos, siempre que el mismo sea solicitado por un número no menor del 20 por ciento de los electores inscritos en el municipio (artículo 72).<sup>15</sup>

También pueden ser objeto de consulta, mediante el referendo aprobatorio los proyectos de leyes nacionales y los tratados, convenios o acuerdos internacionales que puedan comprometer la soberanía nacional o transferir competencias a órganos supranacionales, lo que podrá realizarse a iniciativa del 15 por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral (artículo 73).

Adicionalmente, se creó la figura del referendo abrogatorio, respecto de las leyes o decretos con rango y fuerza de ley, salvo las relacionadas con materia de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, crédito público, amnistía, que garanticen o desarrollen derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales. La solicitud deberá ser efectuada por el 10 por ciento de los electores inscritos en el registro civil y electoral (artículo 74).

Igualmente, en el procedimiento legislativo de formación de las leyes, el Parlamento debe consultar a los ciudadanos y a la comunidad organizada para oír su opinión, sobre los proyectos que hayan sido aprobados en primera discusión (artículo 211).

---

artículo 71 de la Constitución [...] carece del carácter decisorio que el Texto Fundamental atribuye a los otros referendos populares. Ello significa que el referendo consultivo no es vinculante, es decir, que su resultado no sustituye la potestad decisoria de los órganos del Poder Público ni genera obligación alguna para que estos las adopten». Esta decisión convierte a los resultados del referendo consultivo en una mera opinión del cuerpo electoral, una especie de encuesta cualificada o certificada por el Poder Electoral, pero que puede ser desatendida por el resto de los Poderes Públicos.

<sup>15</sup> Durante el periodo comprendido entre la publicación de la Constitución de 1999 y el día 8 de junio de 2005, que entró en vigencia la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, el referendo revocatorio seguía regido por la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, cuyo artículo 69 le atribuida competencia a los Concejos Municipales para convocar referendos revocatorios de los Alcaldes, cuando se le hubiese improbado la memoria y cuenta de la gestión anual. La presunta incompatibilidad de esta norma con el artículo 72 de la Constitución, produjo sendos pronunciamientos del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en la sentencia 579, de 22 de marzo de 2002, ratificada por la sentencia 1937, de 15 de julio de 2003, oportunidades en las cuales precisó que «la iniciativa para el referendo revocatorio no es competencia del Concejo Municipal, a quien solo incumbe la iniciativa para el referendo consultivo en “materias de especial trascendencia municipal y parroquial”, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 *eiusdem*. Tratándose, por tanto, de un referendo revocatorio, cuya iniciativa corresponde a un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras según el artículo 72 de la misma Constitución, es claro que la iniciativa consagrada en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (iniciativa del Concejo en caso de no aprobación de la Memoria y Cuenta del Alcalde) colide con la iniciativa popular prevista en el artículo 72 de la Constitución». En consecuencia, precisó la Sala que esta norma constitucional «otorga de manera exclusiva a los electores inscritos en la correspondiente circunscripción electoral, la iniciativa para solicitar la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de cualquier cargo de elección popular, inclusive el cargo de alcalde».

Tanto el artículo 70 como el artículo 184 de la Constitución le otorgan un mandato al legislador para sancionar una ley que cree los mecanismos abiertos y flexibles para que los municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados, los servicios que se gestionen previa demostración de su capacidad. En este sentido, el artículo 184 comienza por promocionar la transferencia de los servicios públicos y de la construcción de obras públicas, a las comunidades:

La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos. A tal efecto, podrán establecer convenios cuyos contenidos estarán orientados por los principios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad.

En segundo lugar, promueve la participación de las comunidades en la inversión y ejecución de las obras y los servicios públicos:

La participación de las comunidades y ciudadanos y ciudadanas, a través de las asociaciones vecinales y organizaciones no gubernamentales, en la formulación de propuestas de inversión antes las autoridades estatales y municipales encargadas de la elaboración de los respectivos planes de inversión, así como en la ejecución, evaluación y control de obras, programas y servicios públicos en su jurisdicción.

En tercer lugar, promueve la participación en los procesos económicos:

La participación en los procesos económicos estimulando las expresiones de la economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas.

En cuarto lugar, promueve la participación de los trabajadores y comunidades en la gestión de empresas públicas:

La participación de los trabajadores y trabajadoras y comunidades en la gestión de las empresas públicas, mediante mecanismos autogestionarios y cogestionarios.

En quinto lugar, fomenta la creación de organizaciones generadoras de empleo y bienestar social:

La creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales de servicios, como fuentes generadoras de empleo y de bienestar social, propendiendo a su permanencia mediante el diseño de políticas donde aquellas tengan participación.

En sexto lugar, fomenta la creación de nuevos destinatarios de la descentralización:

La creación de nuevos sujetos de descentralización a nivel de las parroquias, las comunidades, los barrios y las vecindades a los fines de garantizar el principio de la co-

rresponsabilidad en la gestión pública de los gobiernos locales y estadales y desarrollar procesos autogestionarios y cogestionarios en la administración y control de los servicios públicos estadales y municipales.

En séptimo lugar, promociona la participación de las comunidades en el desarrollo de las actividades en los establecimientos penales:

La participación de las comunidades en actividades de acercamiento a los establecimientos penales y de vinculación de estos con la población.

El artículo 184 de la Constitución regula de manera confusa, tanto lo que califica de «descentralización y transferencia» como lo que denomina «participación», presentando en común que los sujetos receptores de dicha descentralización o transferencia, así como los destinatarios del fomento y la promoción de la participación son las comunidades y grupos vecinales organizados, es decir, los particulares organizados de forma colectiva.<sup>16</sup> Aun cuando las expresiones «descentralización y transferencia» constituyen categorías jurídico-políticas diferenciables de lo que involucra la noción «participación», las mismas pueden concurrir y complementarse con la finalidad de democratizar el Poder.<sup>17</sup>

Esta cláusula constitucional postula un régimen que se ubica en los límites entre la descentralización hacia la comunidad (particulares u organizaciones no gubernamentales), la participación de esta en los asuntos públicos, y la privatización de la titularidad y la gestión de determinadas obras y servicios públicos municipales.

---

<sup>16</sup> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 3252, de 28 de octubre de 2005, analizó la expresión «comunidad organizada» contemplada en el artículo 84 de la Constitución e igualmente utilizada tanto por el Constituyente como por el legislador en varias disposiciones y al respecto estableció que «la correcta interpretación del artículo 84 *in fine* de la Constitución de 1999 debe ser la siguiente: *la comunidad organizada, a través de las cooperativas, empresas comunitarias y todo ente corporativo o asociativo con forma de derecho público o privado cuya labor se refiera al sector salud, tienen el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones —fundamentalmente a través de mecanismos de consulta, o bien con carácter vinculante cuando así lo disponga expresamente la ley— relativas a la planificación, ejecución y control de las políticas —léase, orientaciones y directrices generales, a ser plasmadas en planes y programas— de las instituciones públicas de salud, entendiéndose por tales cualquier órgano o ente de la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal con competencias afines al sector salud a quienes compete la determinación de las políticas de ese sector. Participación que se ejercerá en los términos y condiciones que disponga una norma de rango legal».*

<sup>17</sup> Allan Brewer-Carías sostiene que «el debate contemporáneo en nuestros países por más democracia, tiene que centrarse en el rescate del proceso de descentralización política. Perfeccionar la democracia exige hacerla más participativa y más representativa, para lo cual la única vía posible que existe es acercando el poder al ciudadano, y ello solo puede lograrse descentralizando territorialmente el poder del Estado y llevarlo hasta la más pequeña de las comunidades; es decir, distribuyendo el poder en el territorio nacional; a lo cual agregamos además, que cualquiera que sea la forma de descentralización política, se trata de proyectos y propuestas contrapuestos radicalmente al centralismo de Estado y a la concentración del poder, que son esencialmente antidemocráticos». Introducción General al Régimen del Poder Público Municipal, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, 2ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 53.

## V. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA PREVISTA EN ALGUNAS LEYES NACIONALES

Hay que tener presente que el Constituyente atribuyó al legislador competencia para configurar los mecanismos que permitan el ejercicio efectivo del derecho a la participación,<sup>18</sup> es por ello que además de las mencionadas disposiciones constitucionales, se han dictado un número de leyes importantes, que fomentan la participación en los distintos niveles del Poder, en la búsqueda de una democracia más directa y que escapan al objeto del presente trabajo.<sup>19</sup> Sin embargo, debe hacerse mención de tres de ellas, por su importancia para las Administraciones locales.

### 5.1. La participación en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal

La primera es la Ley Orgánica del Poder Público Municipal<sup>20</sup> que tiene por objeto «desarrollar los principios constitucionales, relativos al Poder Público Municipal, su autonomía, organización y funcionamiento, gobierno, administración y control, para el efectivo ejercicio de la participación protagónica del pueblo en los asuntos propios de la vida local, conforme a los valores de la democracia participativa, la corresponsabilidad social, la planificación, la descentralización y la transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados» y establece que entre los atributos de la autonomía que puede ejercer el

<sup>18</sup> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en la sentencia 22, de 22 de enero de 2003, expresó «de esta forma, el derecho a la participación en los asuntos públicos propicia que los ciudadanos participen en la formación de la voluntad estatal, sirviendo de cauce a la articulación de la soberanía popular que posibilita la legitimación democrática del ejercicio del poder. [...] Sin embargo, tal como lo establece el último aparte del artículo 70 “la ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo”, por lo que este derecho solo puede ser ejercido en la forma jurídicamente prevista en cada caso, pues se trata de un derecho de configuración legal, cuya delimitación concreta queda encomendada a la ley y, además, está conectado a otros preceptos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta al objeto de regular su ejercicio».

<sup>19</sup> Sobre la participación ciudadana, en general se recomienda José Mendoza Angulo, Democracia, descentralización y participación ciudadana, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela*, Vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 121-144; Ana P. Deniz, La participación ciudadana en la Constitución de 1999, *Revista de Derecho Constitucional* 7, Caracas, Ed. Sherwood, 2003, pp. 115-124; Manuel Feo La Cruz, La participación de la sociedad civil en el proceso de gestión pública. Retos y desafíos, *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 415-429; Yusby S. Méndez Apolinar, La obligación ciudadana de participar en los asuntos públicos como expresión de cultura democrática, *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 431-437; José Ignacio Hernández G., La participación de los administrados en la actividad y funciones administrativas, *II Jornadas de Derecho Administrativo, Las Formas de la Actividad Administrativa. Funeda*, Caracas, 2005, pp. 185-212; José Luis Villegas Moreno, La participación de los ciudadanos en la vida local. Su configuración en el nuevo ordenamiento municipal venezolano, *Revista Española de Administración Local y Autonómica*. 298-299, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2006, pp. 55-89.

<sup>20</sup> Fue publicada en Gaceta Oficial 38.204, de 8 de junio de 2005, que regula el nuevo marco jurídico municipal. Esta Ley ha sido reformada parcialmente en varias oportunidades desde su entrada en vigencia, la primera el 2 de diciembre de 2005; la segunda el 10 de abril de 2006, reimpresa por error material el 21 de abril de 2006; la tercera el 22 de abril de 2009 y la cuarta el 28 de diciembre de 2010.

municipio, se encuentra el impulso y promoción de la participación ciudadana (artículos 1 y 4.9) y conserva algunos de los mecanismos de participación a nivel municipal reconocidos por la legislación derogada, como las iniciativas para crear, fusionar o desagregar municipios, distritos o parroquias, con la consecuente variación de los porcentajes de ciudadanos que deben participar en cada caso, se suprimieron algunos de los mecanismos de participación anteriores y se desarrollan los principios que informan el derecho a la «participación protagónica del pueblo» en la formación, ejecución y control de la gestión pública municipal, debiendo las autoridades municipales promover y garantizar la participación de los ciudadanos en la gestión municipal<sup>21</sup> y facilitar los medios y procedimientos para el ejercicio, goce y disfrute de forma irrenunciable, progresiva y efectiva de dicho derecho (artículos 75 y 251). A continuación se hará referencia a los mecanismos de participación desarrollados en dicha Ley.

#### **a) Los cabildos abiertos**

Establece la Ley que el pueblo en ejercicio de su soberanía cuenta con distintos medios de participación ciudadana, que deben permitir a los ciudadanos actuando de manera individual o colectiva expresar su aprobación, rechazo, observaciones, propuestas, iniciativas, quejas, denuncias, así como su opinión respecto a los asuntos de interés colectivo local. A título enunciativo, los medios de participación son: los cabildos abiertos,<sup>22</sup> que se encontraban previstos en la legislación derogada, siendo lo más resaltante la posibilidad que puedan ser convocados, incluso por iniciativa de los ciudadanos, conforme a lo que establezcan las ordenanzas (artículos 259.1, 261 y 262).

#### **b) Las asambleas de ciudadanos**

Las asambleas de ciudadanos que constituyen medios de participación de carácter deliberativo sobre las materias que establezca la ley. Estas deben ser convocadas con la debida anticipación, de manera expresa y en forma pública. Las decisiones que se adopten serán de carácter vinculante para las autoridades públicas y deben estar destinadas a fortalecer la gobernabilidad, impulsar la planificación, la descentralización de servicios y recursos, de conformidad con el ordenamiento jurídico y los intereses de la comunidad (artículos 259.2, 263 y 264). No deja de causar curiosidad que el legislador estando en pleno desarrollo de los medios de participación en el ámbito local como lo constituyen las asambleas de ciudadanos, en lugar de regular todos sus aspectos jurídicos haya optado por referir

---

<sup>21</sup> Los municipios deben promover la participación de los suscriptores en la supervisión, fiscalización y control de la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento, a través de las Mesas Técnicas de Agua (artículos 11.L, 70.L, 75, 76 y 77) y además deben promover la organización y capacitación de comunidades rurales e indígenas, definiendo modalidades de gestión o cogestión, para la administración de los sistemas de agua potable y de saneamiento (artículo 11.m), conforme a lo establecido en la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento.

<sup>22</sup> Los municipios a través de los cabildos abiertos deberán someter a la consideración de las comunidades los programas de inversión para el desarrollo de los servicios de agua potable y saneamiento (artículo 11.c de la Ley Orgánica para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento).

las normas para su implementación a una futura ley especial.<sup>23</sup> Incluso, si se consideraba que no era conveniente establecer tal regulación en el texto de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, se pudo haber delegado su reglamento al desarrollo de los principios antes mencionados o a las ordenanzas municipales. No obstante, la solución adoptada por el legislador hace pensar que si este se tardó cinco años en sancionar la Ley que regulaba el Poder local y para ello fueron necesarias tres decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, pasará un buen tiempo antes que se sancione esta ley especial, lo que puede afectar el ejercicio efectivo de esta modalidad de participación.

Se debe mencionar que conforme a la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo de Justicia por mandato del artículo 70 de la Constitución únicamente tienen carácter vinculante para los órganos que ejercen el Poder Público, las decisiones adoptadas por los cabildos abiertos y las asambleas de ciudadanos,<sup>24</sup> mas no así los otros mecanismos de participación, salvo claro está, que la ley que los regule expresamente así lo disponga.

### c) Las consultas públicas

Las consultas públicas constituyen otro de los medios de participación para lo cual los Concejos Municipales deben abrir a los ciudadanos espacios de discusión e intercambio de opiniones para considerar las materias de interés local. Las personas asistentes podrán formular preguntas, emitir opiniones y hacer proposiciones y los concejos municipales deberán dar respuesta oportuna y razonada a los planteamientos y solicitudes. Las ordenanzas regularán las formas y procedimientos para hacer efectiva la participación (artículo 259.3). Se contemplan dos clases de consultas públicas a los ciudadanos, a las comunidades vecinales o la sociedad organizada: una es la consulta previa a la aprobación de los proyectos de ordenanzas durante el proceso legislativo de discusión,<sup>25</sup> lo que se hará conforme al respectivo Reglamento Interior y de Debates.<sup>26</sup> La consulta pública es preceptiva, razón por la cual su

<sup>23</sup> El artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal señala que «todo lo referido a iniciativa, procedimiento, ámbito, materia, validez, efecto vinculante y, comisión de control y seguimiento, será desarrollado por la ley especial que trata la materia».

<sup>24</sup> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 22, de 22 de enero de 2003, ha expresado que «de acuerdo con la redacción del precepto antes transcrito [70 de la Constitución], los órganos de los Poderes Públicos únicamente están obligados a acatar las decisiones tomadas por los cabildos abiertos y por las asambleas de ciudadanos, ya que estos, entre los medios de participación política que menciona la norma, poseen carácter deliberante, en la medida en que las iniciativas legislativas y constituyentes, así como la elección de cargos públicos y los diversos tipos de referendos o consultas populares, solo producen resultados. En otras palabras, cuando los ciudadanos participan en un proceso electoral, ya sea de elección de sus representantes para los diversos órganos del Poder Público, o en los distintos referendos populares previstos en la Constitución, dicha participación no produce una decisión como consecuencia de un debate dado en el seno de un colectivo, sino el resultado de un proceso comicial en el cual los ciudadanos sufragan a favor de alguna opción electoral».

<sup>25</sup> El artículo 54.1 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal establece que dentro del proceso de formación de las leyes locales, se realicen al menos dos discusiones en días diferentes para su aprobación y durante ese trámite los Concejos Municipales deberán consultar los proyectos de ordenanzas a los ciudadanos y a la sociedad organizada, teniendo la obligación de atender a las opiniones por ellos emitidas.

<sup>26</sup> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional mediante sentencia 1950, de 7 de septiembre de 2004, ratificada recientemente en sentencia 1123, de 8 de junio de 2006 y posteriormente en sentencia

incumplimiento será causal de nulidad (artículo 266), pero no es vinculante; y la otra, es la consulta previa de los proyectos de actos de efectos generales que afecten el desarrollo urbano y la conservación ambiental del municipio o de la parroquia. Esta consulta también es preceptiva, por ello su omisión produce la nulidad absoluta de los actos así emitidos, pero en ningún caso tiene carácter vinculante (artículo 267).

#### **d) La cooperación vecinal**

También se conversa una disposición similar a la establecida en la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, que garantizaba tanto la participación de los ciudadanos, a través de la cooperación vecinal para las labores de asesoramiento en las comisiones permanentes de los Concejos Municipales o en las comisiones de vecinos encargadas de vigilar el buen funcionamiento de los servicios públicos municipales (artículo 268).

#### **e) El presupuesto participativo**

Entre los medios de participación se introduce una modalidad que es el presupuesto participativo<sup>27</sup> que se elabora como producto de las propuestas, deliberaciones y decisiones en la formulación, ejecución, control y evaluación del presupuesto de inversión anual municipal que realizan los ciudadanos que viven dentro de un municipio. Esta participación se efectúa con el propósito de materializar proyectos que permitan el desarrollo del municipio, atendiendo a las necesidades y propuestas de las comunidades y organizaciones que integran los Consejos Locales de Planificación Pública<sup>28</sup> (artículos 259.5 y 269).

#### **f) La contraloría social**

Uno de los aspectos más novedosos lo constituyen las contralorías sociales, que suponen el reconocimiento al derecho de los ciudadanos a ejercer el control del gobierno local. El control social lo pueden realizar los ciudadanos de manera individual o colectiva, es decir, organizados con el objeto de participar en la vigilancia, supervisión, evaluación y control de la gestión pública municipal, en la ejecución de programas, planes y proyectos, en la prestación de los servicios públicos municipales, así como en la vigilancia de la conducta de los funcionarios para prevenir, racionalizar y promover correctivos, así como respecto de aquellas personas particulares que cumplan funciones públicas (artículos 257, 259.6, 270 y 271).<sup>29</sup>

---

1416, de 19 de julio de 2006, ha señalado que el Reglamento Interior y de Debates de los Concejos Municipales a pesar de su calificación nominal tiene auténtico rango y naturaleza legal a una ordenanza por su contenido normativo, dirigido a regular tanto el procedimiento de formación de las leyes locales, como por su finalidad dentro del ordenamiento jurídico, de regular el funcionamiento de los órganos parlamentarios.

<sup>27</sup> Véase con provecho Tarso Genro, El presupuesto participativo y la democracia. *Presupuesto participativo. La experiencia de Porte Alegre*, Eudeba, Buenos Aires, 1998, pp. 21 y ss.

<sup>28</sup> Sobre este aspecto deben analizarse los artículos 34 al 39 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, a los cuales se hará referencia más adelante.

<sup>29</sup> El artículo 257 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal señala que los contralores municipales «tienen la obligación de vincular a la ciudadanía a sus labores de fiscalización de la gestión pública y a la



Los ciudadanos podrán llevar a cabo el control social de la gestión pública municipal, mediante la solicitud de rendición de cuentas antes de la finalización del mandato<sup>30</sup> y podrán solicitar la información y documentación administrativa que sea de interés para la comunidad y la Administración municipal estará obligada a suministrarla, así como a dar la mayor publicidad a los proyectos, licitaciones, contrataciones, costos de las mismas y demás elementos relevantes en los cuales se encuentre presente el interés general (artículos 272 y 273).

### g) Los referendos

Conforme a lo establecido en los artículos 71 al 74 de la Constitución, los referendos constituyen uno de los medios de participación política de los ciudadanos,<sup>31</sup> razón por la cual ellos pueden ser solicitados por iniciativa de las comunidades de vecinos en los municipios, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en los anteriormente citados artículos constitucionales y en la legislación electoral (artículos 259.7 y 274 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal).

### h) La iniciativa legislativa

Se mantiene dentro de los mecanismos de participación la iniciativa legislativa de los ciudadanos, mediante la presentación a los Concejos Municipales de proyectos de ordenanzas o de reforma de las existentes. La iniciativa corresponde al 0,1 por ciento de los electores del municipio, quienes la someterán a los Concejos Municipales para su admisión o rechazo y estos antes de pronunciarse sobre ella deberán reunirse con los promoventes

---

valoración del desempeño de las entidades y organismos de la administración pública municipal». Esta disposición guarda absoluta coherencia con el mandato dirigido a los órganos que integran el Sistema Nacional de Control Fiscal para adoptar las medidas necesarias para fomentar la participación ciudadana en el ejercicio del control sobre la gestión pública, conforme a lo establecido en los artículos 6, 26.2, 75 y 76 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial 6.013, de 23 de diciembre de 2010.

<sup>30</sup> Manteniendo lo establecido en el artículo 75.4 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989 y en desarrollo del artículo 141 de la Constitución de 1999, el legislador estableció en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal que «las autoridades del municipio, de sus entes descentralizados y de las entidades locales deberán presentar informe sobre su gestión y rendir cuentas públicas, transparentes, periódicas y oportunas ante las comunidades de su jurisdicción. A tales fines, garantizarán la información y convocatoria oportuna y los mecanismos de evaluación pertinentes, acerca de los recursos asignados, y los efectivamente dispuestos, con los resultados obtenidos».

<sup>31</sup> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 22, de 22 de enero de 2003, se pronuncia sobre los mecanismos que garantizan el ejercicio del derecho a la participación señalando que «en tal sentido, el derecho a la participación en los asuntos públicos se ejercita, fundamentalmente, a través de los mecanismos de la llamada *democracia representativa* y excepcionalmente por medio de las formas de intervención directa de los ciudadanos. En cuanto a las formas de democracia participativa la Constitución consagra a los referendos populares regulados en su Sección Segunda del Capítulo IV del Título III, como la figura más genuina de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos. A tales efectos, el *Texto Fundamental* prevé los referendos consultivos, nacionales, estatales y municipales; los referendos revocatorios del mandato de los cargos y magistraturas de elección popular; los referendos abrogatorios de leyes y tratados; y los referendos abrogatorios de leyes y de decretos con fuerza de ley».

para discutir su contenido. El lapso para resolver acerca de su admisión es de 30 días siguientes a la presentación. Los concejos municipales podrán rechazar el proyecto mediante decisión motivada, pero en caso de admitirlo deberán iniciar la discusión dentro de los 30 días siguientes y si no se inicia en dicho plazo, se someterá el proyecto a consulta popular de conformidad con la ley electoral (artículos 259.8 y 275 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal).

### **i) La descentralización y transferencia**

Quizá la mayor novedad en materia de participación que aporta la reforma legal, consiste en la denominada descentralización y transferencia a las comunidades y grupos vecinales organizados, de la prestación de los servicios públicos municipales, siempre que comprueben su capacidad para prestarlos. Este mecanismo de participación que constituye un desarrollo del artículo 184 de la Constitución, se instrumenta a través de convenios y además contempla una propuesta formulada con anterioridad, la posibilidad que el municipio intervenga la gestión del servicio público transferido o descentralizado y reasuma la prestación cuando este se deje de prestar o se preste deficientemente,<sup>32</sup> en cuyo caso se requerirá el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes del Concejo Municipal (artículos 278 al 282).

Inicialmente, todo el procedimiento de descentralización y transferencia de los servicios públicos debía establecerse por los poderes legislativos de cada uno de los Estados, en el lapso del año inmediato siguiente a la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, lo que se produjo el 8 de junio de 2005. No obstante, consecuencia de las reformas legales de dicha Ley, ello deberá adecuarse a lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo Federal de Gobierno (artículo 282).<sup>33</sup>

### **j) Otras formas de participación**

Además se señalan como mecanismos de participación los medios de comunicación social alternativos (artículo 259.9), las instancias de atención ciudadana (artículo 259.10), la autogestión (artículo 259.11) y la cogestión<sup>34</sup> (artículo 259.12). Dado que el legislador no

---

<sup>32</sup> Víctor Hernández-Mendible, El régimen de los servicios públicos municipales (especial referencia a los servicios públicos domiciliarios), *Temas de Derecho Administrativo. Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, Caracas, 2002, p. 1008.

<sup>33</sup> Gaceta Oficial 5.963, de 22 de febrero de 2010.

<sup>34</sup> La legislación laboral en Venezuela desde 1990, contempla la posibilidad que los directorios, juntas directivas o administradoras, consejos de administración o cualquier otra denominación que se le otorgue, de los institutos autónomos, organismos de desarrollo económico y social del sector público, de las empresas en que el Estado u otras personas de derecho público tengan más del 50 por ciento del capital social, los trabajadores puedan tener una representación que no deberá ser menor de 2 directores laborales y para asegurarse que tales directores sí van a ser tenidos en consideración establece que «toda resolución o acuerdo de la directiva de los organismos a que se hace referencia en este Título, que haya sido adoptado en una sesión a la que no hubieran sido convocados los Directores Laborales, será nulo» (artículo 618 de la Ley Orgánica del Trabajo). Gaceta Oficial 4.240, de 20 de diciembre de 1990, reformada parcial según Gaceta Oficial 5.512, de 19 de junio de 1997. Este texto fue derogado por el Decreto 8.938,

efectúa mayor desarrollo respecto a su implementación corresponderá a las autoridades municipales, a través de las ordenanzas y los demás actos jurídicos que deberán dictarse de conformidad con la Ley, el desarrollo de las políticas públicas municipales para garantizar estas formas de participación (artículos 251 y 255).

## 5.2. La participación en la Ley Orgánica de la Administración Pública

La segunda es la Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>35</sup> que contempla el desarrollo del gobierno electrónico en los distintos niveles del Poder Público,<sup>36</sup> lo que tiene una obvia incidencia en las Administraciones locales y en particular constituyen una garantía reforzada de la participación,<sup>37</sup> así como el procedimiento administrativo que de manera preceptiva deben realizar las autoridades administrativas municipales para el ejercicio de la iniciativa legislativa municipal, la producción de reglamentos o de actos administrativos normativos, que se denomina *consulta pública previa*<sup>38</sup>. Ello no impide que en aquellos casos, en que las circunstancias lo requieran se difiera la consulta previa a un momento posterior a la emisión de los actos jurídicos, hecho este que en ningún caso constituirá óbice para que sean sometidos a dicha consulta.<sup>39</sup> Sin duda se trata de una garantía del derecho a la participación que siendo preceptiva, no es vinculante, tal como lo ha reconocido el Tribunal Supremo de Justicia.<sup>40</sup>

---

con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, publicada en Gaceta Oficial 6.076, de 7 de mayo de 2012, en cuyos artículos 497 y 498, se enuncian los consejos de trabajadores como expresión de la participación dentro de la organización empresarial.

<sup>35</sup> Gaceta Oficial 5.890, de 31 de julio de 2008.

<sup>36</sup> Víctor Hernández-Mendible, El derecho administrativo en la sociedad de la información. (Reflexiones sobre el impacto de las telecomunicaciones y la informática), *Perspectivas del Derecho Administrativo en el Siglo XXI. Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2002, pp. 183-220; Carlos E. Delpiazzo, Dimensión Tecnológica de la Participación del Administrado en el Derecho Uruguayo. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*. Número 5, San José, 2005, pp. 63-75.

<sup>37</sup> Zulima Sánchez Sánchez, Autonomía Local y derechos ciudadanos: Reformas legales en España, *Res Publica. Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*. Número 1, Enero-Abril, México, 2005, p. 261.

<sup>38</sup> Estas consultas públicas son distintas de las audiencias públicas reguladas en las leyes especiales, sin embargo ambas guardan en común que son mecanismos de participación pública en la toma de decisiones. Cfr. Víctor Hernández-Mendible, El ente regulador de los servicios públicos de agua potable y saneamiento, *A & C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Número 14, Out/Dez, Belo Horizonte, 2003, pp. 152-161.

<sup>39</sup> Artículos 138 al 140 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la Gaceta Oficial 37.305, de 17 de octubre de 2001, parcialmente reformada según Gaceta Oficial 5.890, de 31 de julio de 2008, así como el voto salvado del Magistrado Rondón Haaz, en la sentencia 1613, de 17 de agosto de 2004, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

<sup>40</sup> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, en sentencia 3252, de 28 de octubre de 2005, ha señalado que «en consecuencia, no puede desprenderse, del precepto constitucional que se interpreta, que la opinión de las comunidades organizadas sea vinculante en la definición de todas las políticas en la materia, sino que participan, a través de la consulta, como supuesto necesario previo a la asunción de determinadas decisiones por parte de las autoridades públicas, las cuales, eso sí, deben ponderar y valorar todas y cada una de sus observaciones, y motivar adecuadamente las razones que la impulsen a acatar o no a las mismas».

### 5.3. La participación en la Ley de los Consejos Locales de Planificación

Por último, pero no menos importante dentro de los mecanismos de participación, se encuentran los Consejos Locales de Planificación Pública<sup>41</sup> previstos en el artículo 182 de la Constitución, que ejercen la función de planificación en el ámbito local y constituyen los órganos encargados de integrar el gobierno municipal con las comunidades organizadas en el proceso de planificación e instrumentación del desarrollo del municipio.<sup>42</sup> Estos órganos se rigen por una ley especial y por la ordenanza (artículos 75 y 111).

Esa ley especial es la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública,<sup>43</sup> la tercera de las leyes que se mencionaron anteriormente, la cual establece que estos constituyen los órganos encargados de la planificación integral del gobierno local y se encuentran integrados —además de las autoridades públicas municipales mencionadas en el artículo 182 de la Constitución— por los representantes de las organizaciones vecinales y comunales, quienes reunidos deben diseñar los planes municipales, garantizando la participación ciudadana y el protagonismo en la formulación, ejecución, seguimiento, evaluación y control de las políticas públicas, lo que se debe hacer de manera articulada con el Sistema Nacional de Planificación Pública (artículos 2 y 5).

Los presupuestos participativos deben ser objeto de una amplia discusión, sin ningún tipo de exclusión, con la finalidad de considerar el mayor número de opiniones y propuestas. El proceso de formación del presupuesto participativo se desarrollará en tres fases: la primera, de diagnóstico participativo; la segunda, de formulación del plan y del presupuesto de inversión municipal y la tercera, de aprobación del plan y del presupuesto de inversión municipal, las cuales deberán desarrollarse conforme a lo dispuesto en la Ley (artículos 34 al 38).

Los planes y los presupuestos deberán ser aprobados previamente por la mayoría absoluta del Consejo Local de Planificación Pública y luego serán remitidos al Concejo

---

<sup>41</sup> Una reciente reforma de la legislación local de España, introducida en la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno local, B.O.E. de 17 de diciembre de 2003, que entró en vigor en 1 de enero de 2004, crea una figura —que tiene alguna similitud, más no identidad con el Consejo Local de Planificación Pública de Venezuela—, que se denomina Consejo Social el cual es «un órgano de representación y participación de naturaleza consultiva de las principales organizaciones económicas y sociales de la ciudad en todo lo relativo al desarrollo local, planificación estratégica y grandes proyectos urbanos. Es en definitiva, un órgano que, con sus informes y dictámenes, ayudará a los gestores municipales a la necesaria sensibilidad social que debe guiar las principales políticas públicas locales». Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *La participación en la Nueva Ley de medidas para modernización del Gobierno Local*, *Separata da Revista de Administración Local*. Números 197 y 198, set-oct. Lisboa, 2003, p. 38.

<sup>42</sup> Conforme al artículo 299 de la Constitución, todo el desarrollo del procedimiento de planificación debe realizarse de manera estratégica, participativa, de consulta abierta y así pretende establecerlo el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Planificación, publicado en la Gaceta Oficial 5.554, de 13 de octubre de 2001, cuyo Título V, está dedicado a la «la participación social», precisando que se entiende por tal «el derecho que tienen los sectores sociales de estar debidamente informados, de elaborar propuestas, de identificar prioridades y de recomendar formas de participación que incidan en la construcción, viabilidad y perfectibilidad de la planificación» (artículo 58).

<sup>43</sup> Gaceta Oficial 6.107, de 20 de diciembre de 2010.

Municipal para su aprobación en la ordenanza de presupuesto del municipio. En caso de que se requiera un cambio o modificación del plan deberá proceder a la consulta del Consejo Local de Planificación Pública y en caso que esta no se produzca, las ordenanzas sancionadas por el concejo municipal quedarán sin efecto y prevalecerá lo aprobado por el Consejo Local de Planificación Pública (artículo 38).

Hay que dejar claro que los mecanismos de participación no se agotan en los textos jurídicos señalados, pero sin duda alguna, estos constituyen los más significativos en las reformas recientemente implementadas para promocionar la participación en el ámbito local.

## **VI. LOS RETOS DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL NUEVO MILENIO**

Finalizando el siglo pasado, se celebró la Conferencia Internacional de Democracia Participativa en la ciudad de Porto Alegre, en noviembre de 1999, que produjo como resultado una declaración que contiene los principios y objetivos que inspiran la participación democrática de los ciudadanos, en la adopción de las decisiones sobre los asuntos que les conciernen y entre ellos destaca la promoción del presupuesto participativo.

El presente siglo se inaugura con la Conferencia Internacional de Democracia Participativa que se realizó en la ciudad de Saint-Dennis, en mayo de 2000, que estableció como tema de análisis el titulado «por un derecho a la ciudad: hacia una nueva ciudadanía». En este foro se admitió que los municipios constituyen los lugares donde se manifiestan todas las tensiones sociales, se presentan las desigualdades y las exclusiones, ante lo cual existe un remedio que es la democracia participativa, que favorece la libertad, la convivencia y la cohesión social.

Estas conferencias constituyen los antecedentes de la iniciativa de construcción del Observatorio Internacional de la Democracia Participativa, que consiste en un espacio abierto a todas las ciudades del mundo, entidades, organizaciones y centros de investigación que aspiren interactuar para conocer, intercambiar y aplicar experiencias sobre democracia participativa en el ámbito local.

Esta es una iniciativa financiada por la Comisión Europea, en la cual participan 180 ciudades de todo el mundo que tienen interés en generar dinámicas a escala internacional en el ámbito de discusión, reflexión, fomento e intercambio de experiencias en materia de participación ciudadana y calidad democrática en el gobierno de las ciudades.

Las conferencias internacionales se han realizado anualmente en Barcelona 2001, donde se constituyó formalmente el Observatorio, Quetzaltenango 2002, Lille 2003, Buenos Aires 2004, San Sebastián (Donostia) 2005, Recife 2006, Nanterre 2007, La Paz 2008, Reggio de l'Emilia 2009, México, D. F. 2010, Lleida 2011, Porto Alegre 2012 y Cascais 2013, en términos generales destinadas al intercambio y la reflexión sobre los temas relacionados con el desarrollo de la implementación de la participación de manera progresiva, como herramienta para el fortalecimiento de las democracias locales.

En el continente americano el reto de estimular la participación democrática ha sido elevado al más alto nivel gubernamental, tal como lo refleja la Carta Democrática Interamericana suscrita por los gobiernos democráticos de América, el día 11 de septiembre de 2001, en Lima-Perú, en el marco de la reunión de la Organización de los Estados Americanos.

En la Carta se reconoce que los pueblos de América tienen derecho a la democracia —esta afirmación resulta capital, porque se establece que la democracia no es solamente una forma de gobierno, un principio constitucional o una expresión de comportamiento de los pueblos en las sociedades occidentales, sino que se le reconoce el estatus de derecho a la democracia— y sus gobiernos tienen la obligación de promoverla y defenderla, por ser esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

El Estado de Derecho y el régimen constitucional se sustentan en el ejercicio efectivo de la democracia representativa, esta se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad, conforme al orden constitucional.

Se considera que constituyen elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas, basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, así como la separación e independencia del poder público.

Además, se consideran componentes fundamentales del ejercicio democrático, la transparencia en las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto de los derechos sociales, de la libertad de expresión y de prensa.

Se reconoce que la participación de la ciudadanía en la adopción de las decisiones relativas a su propio desarrollo constituye tanto un derecho como una responsabilidad, siendo dicha participación una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia, en razón de lo cual se deben promover y fomentar diversas formas de participación, pues ello contribuye a fortalecer la democracia. También se considera que para contribuir al fortalecimiento de la democracia y de la participación ciudadana se debe eliminar toda forma de discriminación.

Estas ideas constituyen una manifestación de los retos que tienen los pueblos de América: la convivencia en un Estado social de Derecho, que se sustente en un gobierno representativo (principio de representatividad), que promueve, fomenta y garantiza la participación ciudadana (principio de participación), principios que se complementan para profundizar y disfrutar de más y mejor de una democracia representativa con participación, o dicho en otros términos, de una democracia más real e inclusiva.

Es allí donde las Administraciones locales juegan un rol fundamental, por encontrarse más cerca de los ciudadanos y constituir la auténtica garantía de la participación ciudadana en la sociedad del siglo XXI.

Posteriormente, en el IV Foro de Autoridades Locales por la Inclusión Social, que constituyó la antesala de la celebración del Fórum Universal de las Culturas en Barcelona, se reconoció que la inclusión social se logra mediante el fomento y el compromiso con la participación ciudadana y la democracia participativa, lo que conlleva a reconocer que las personas tienen derecho a incidir en su realidad social concreta.

En el marco del Fórum Universal de las Culturas, celebrado en Barcelona 2004, la autodenominada «sociedad civil global» del siglo XXI, inspirada en los principios de coherencia, horizontalidad, promoción de la multiculturalidad, solidaridad, participación política, género, inclusión social, exigibilidad, no discriminación y seguridad humana, han proclamado los derechos humanos emergentes para el siglo XXI y han propuesto el proyecto de Carta de los Derechos Humanos Emergentes, los derechos humanos en el mundo globalizado, que se agrupan en seis títulos: I. Derecho a la democracia igualitaria; II. Derecho a la democracia pluralista; III. Derecho a la democracia paritaria; IV. Derecho a la democracia participativa; V. Derecho a la democracia solidaria; VI. Derecho a la democracia garantista. Este derecho a la democracia participativa y a los derechos conexos que se derivan de ella ha sido expuesto tanto por Villegas Moreno<sup>44</sup> como por González Cruz.<sup>45</sup>

En octubre de 2004, se llevó a cabo el VII Congreso Iberoamericano de Municipalistas, en la ciudad de La Antigua, Guatemala, que generó la Declaración intitulada «¿Exclusión social? Una agenda para los objetivos del milenio»,<sup>46</sup> en la cual se estableció respecto a la participación lo siguiente:

Es misión de los gobiernos locales abrir y facilitar cauces de participación efectiva que fortalezcan la ciudadanía de todas las comunidades. Una forma de hacerlo es creando o propiciando la creación de un *observatorio permanente*, como instru-

<sup>44</sup> José Luis Villegas Moreno, *La ciudad sostenible. Aproximación a su configuración en el contexto global, II Jornadas de Derecho Administrativo en Homenaje a Don Enrique Orduña Rebollo. Derecho Administrativo y Municipio*, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, 2005, pp. 94-95.

<sup>45</sup> Fortunato González Cruz, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, 2ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, pp. 224-225.

<sup>46</sup> La declaración final expresa «frente a los fenómenos de exclusión social los municipios iberoamericanos, espacios públicos por excelencia desde los orígenes de la democracia, están llamados a rehacer el protagonismo de lo público y a trabajar por la igualdad de las personas. Creemos que los gobiernos locales, se han convertido en instituciones claves para detener los procesos de exclusión social, desarrollar políticas de inclusión y dar respuestas a los problemas que obstruyen la ciudadanía.

Por todo lo expuesto, la UIM apuesta por la capacidad de los municipios iberoamericanos para paliar los efectos de la exclusión social, reducir la pobreza y erradicar la discriminación. Estamos convencidos que es tiempo de aunar esfuerzos entre gobierno local y ciudadanía, de comprometernos a trabajar por el logro de los Objetivos del Milenio, de fomentar el diálogo, la cooperación, de visualizar cada comunidad en niveles óptimos de calidad de vida y trabajar desde ya por la inclusión social de los más desfavorecidos».

mento eficaz para estudiar con detalle la problemática de los indígenas y migrantes y avanzar en acciones concretas tendentes a mejorar la calidad de vida y promover mecanismos que aseguren el ejercicio de sus derechos sociales, económicos y culturales, el acceso a los servicios existentes y el empoderamiento de estos colectivos en las instancias de decisión pública, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones y sus instituciones.

No se trata de otra cosa que fomentar la efectiva participación en el ámbito local para fortalecer la ciudadanía, lograr la inclusión social y asegurar la igualdad real de oportunidades de las personas.

Luego, en el Simposio Internacional sobre Participación Ciudadana, Democracia y Buen Gobierno, realizado en San Cristóbal de La Laguna, en Tenerife, marzo de 2006, se han analizado todos los derechos humanos emergentes y en particular se abordó la necesidad de lograr una mayor vinculación con la gestión de los gobiernos locales, a través de la participación ciudadana.

Resulta insoslayable destacar la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, que fue aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Lisboa, en junio de 2009, cuyo valioso contenido encontrará su expresión más acabada en la reciente Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo del CLAD, en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013.

Los documentos generados en los distintos foros gubernamentales y no gubernamentales pretenden brindar una respuesta a las personas, a los ciudadanos, a los vecinos que cada día sienten que el Poder, el centro de la toma de decisiones y de la gestión pública se encuentran más alejados de ellos y que no escuchan, no comprenden, no conocen sus auténticas reivindicaciones.<sup>47</sup>

No es un secreto que entre las muchas novedades que ha producido la globalización, ha generado la aparición de instituciones supranacionales que gozan cada vez de mayor reconocimiento constitucional por los Estados nacionales, quienes incluso han efectuado una transferencia o cesión de soberanía —entendida en su concepción decimonónica— hacia tales instituciones, pero muchas de ellas con un alto déficit democrático, lo que no ha impedido que, sin embargo, se conviertan en las instancias donde se toman decisiones y se adoptan las políticas que van a incidir sobre todos los ciudadanos de unos o varios países, sin que siquiera ellos hayan podido participar expresando sus ideas, siendo escuchados, respecto de aquellas situaciones que los van a afectar de manera directa e inmediata.

---

<sup>47</sup> Allan Brewer-Carías, considera que «un municipio lejos de las comunidades y vecindades, como es en general el municipio en Venezuela y lo ha sido en el pasado, materialmente ha servido para muy poco, ni para la participación política ni para la gestión eficiente de los asuntos locales, ni por supuesto, para la democracia», Introducción General al Régimen del Poder Público Municipal, *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, 2ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, p. 28.



Por ello, más allá del debate político y social que gira alrededor de la idea de la participación, como principio rector del modelo democrático inclusivo, como sistema, como derecho ciudadano y como garantía de la legitimación democrática en la actuación del Poder Público, es en el ámbito local donde este puede materializarse, por tratarse del ejercicio del poder que se encuentra más cerca de los ciudadanos, donde sin duda se facilita el acceso a la información pública, se puede mejorar la eficiencia de la actuación, así como se permite evaluar la gestión de los servicios públicos de calidad, que demanda el conjunto de los ciudadanos.

Ante la globalización, que estandariza o uniforma todos los procesos de gestión pública o privada, el desarrollo vital de las personas y que establece el funcionamiento homogéneo de las sociedades en aras de la eficiencia y la competitividad, se reivindica lo local, como el espacio territorial para lograr la efectiva participación democrática, pues es allí donde el ciudadano se identifica con la cotidianeidad, con la vecindad, con la realidad a la cual se encuentra vinculado, lo que es propio y le genera el sentido de pertenencia, de formar parte de un algo que es la comunidad, donde quiere, puede y debe intervenir en la toma de decisiones y en la búsqueda de la satisfacción del interés general. A este fenómeno lo ha calificado González Cruz como la lugarización,<sup>48</sup> entendido como tal el ámbito geográfico donde las personas habitan, desarrollan el día a día en sus relaciones sociales, culturales, espirituales, económicas con los demás y con las Administraciones locales, es decir, donde se puede ejercer auténticamente la participación ciudadana, sin dejar de ser eficiente y competitivo a escala global.

Ese «lugar»<sup>49</sup> se conoce constitucionalmente como municipio y constituye un auténtico laboratorio social, que puede «servir para incorporar fórmulas innovadoras de refuerzo de la participación política, a través de mecanismos consultivos, del derecho de petición, de consejos de participación, mecanismos todos ellos que acercan la administración y el gobierno a los ciudadanos».<sup>50</sup>

También es un laboratorio democrático donde se deben ensayar los proyectos de descentralización y transferencia del Poder hacia y con los ciudadanos, es decir, frente a la

<sup>48</sup> La expresión *lugarización* hace alusión a un proceso que trasciende el ámbito administrativo, que involucra una nueva dimensión de lo local, una revalorización de lo que constituye la localidad, lo que supone un cambio cualitativo en el ecosistema o el ámbito comunitario. Francisco González Cruz, *Globalización y lugarización*, Universidad Valle del Momboy y Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales, Mérida, 2001; y del mismo autor, *Lugarización, Globalización y Gestión Local, El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, pp. 788-800.

<sup>49</sup> El lugar es considerado el «espacio territorial íntimo y cercano donde se desenvuelven la mayor parte de las actividades del ser humano. Generalmente, es el sitio donde una persona nació y creció, donde se educó, labró su personalidad, están sus familiares, cultivó sus amistades y con el cual estableció un vínculo afectivo. En una comunidad definida en términos territoriales y de relaciones humanas, con la cual la persona siente vínculos de pertenencia. Puede ser una aldea, un pueblo, un barrio o un condominio. Siempre será, necesariamente, un espacio geográfico limitado en su tamaño, de tal manera que la gente pueda establecer relaciones interpersonales». Francisco González Cruz, Ob. cit., p. 793.

<sup>50</sup> Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *El futuro del Régimen local en España, El derecho público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, p. 777.

cesión o transferencia de soberanía en lo externo, a nivel global, donde se traslada el centro de la toma de decisiones fuera del alcance de los ciudadanos, incluso a riesgo de una posible pérdida de legitimidad democrática, se debe experimentar la descentralización o transferencia del Poder en lo interno, a nivel local, hacia una auténtica participación ciudadana democrática, libre, ética y responsable.

Se trata de crear las condiciones para que las Administraciones locales conjuntamente con la sociedad organizada, ensayen un verdadero ejercicio de democracia participativa, en tanto permita que todos puedan intervenir para lograr de manera eficiente y competitiva la construcción y disfrute del bienestar colectivo.<sup>51</sup>

En consecuencia, el debate debe centrarse en garantizar la efectiva participación de los integrantes de las comunidades locales, allí en el lugar donde viven, bien sea individualmente o de manera organizada, para que sus iniciativas, propuestas y necesidades sean escuchadas, analizadas, debatidas y contribuyan en la toma de decisiones y la ejecución de las políticas públicas respecto a los asuntos que le conciernen directamente.

En fin, los retos que afrontan las Administraciones locales en el nuevo milenio deben estar orientados a la búsqueda de la democracia inclusiva en el ámbito local, valga decir, a la promoción, facilitación y fomento de la participación efectiva en el gobierno local, que deberá caracterizarse por ser posburocrático, descentralizado y desconcentrado, de calidad, flexible, responsable, eficaz, eficiente, orientado hacia los resultados y al servicio de los ciudadanos, es decir, una Administración local ajustada a los principios establecidos en los artículos 141 184 de la Constitución.<sup>52</sup>

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

La configuración del Poder Público Municipal en la Constitución de Venezuela gira en torno a tres vértices: el ejercicio democrático del poder local, la descentralización como política de Estado y la profundización de la participación ciudadana.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> Zulima Sánchez Sánchez coincide que la «participación y autonomía municipal se encuentran indisolublemente unidas. Para aumentar la implicación ciudadana en la administración general es necesario fomentar la participación desde el ámbito más cercano al administrado: el municipio. La eficacia de la intervención de la ciudadanía en la toma de decisiones tiene sentido si se permite en el seno de órganos con capacidad de decisión y de influencia directa en la vida cotidiana de aquel que participa». *Res Publica. Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo*. Número 1, Enero-Abril, México, 2005, p. 266.

<sup>52</sup> Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Ob. cit., p. 777.

<sup>53</sup> El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia 1613, de 17 de agosto de 2004, ratificada en sentencia 3252, de 28 de octubre de 2005, ha expresado que «el derecho a la participación en los asuntos públicos propicia que los ciudadanos participen en la formación de la voluntad estatal, sirviendo de cauce a la articulación de la soberanía popular que posibilita la legitimación democrática del ejercicio del poder; participación directa de la ciudadanía en los asuntos públicos que es premisa fundamental —aunque no exclusiva— de la democracia participativa en el plano de distribución horizontal del Poder Público, y que ha de coheretarse con el principio de descentralización territorial como expresión máxima de esa democracia participativa en el plano vertical».

Las administraciones locales requieren justificar su presencia en y ante la sociedad, para lo cual requieren tener una legitimación que sirva de soporte a su actuación y su aceptación por la sociedad. Esta legitimación se va a manifestar de distintas formas. Es así como surge en primer lugar la *legitimación institucional*, que viene establecida por el propio ordenamiento jurídico al ordenar que las administraciones públicas deben actuar al servicio de los ciudadanos, lo cual supone una cercanía entre estos y aquellas, una mayor proximidad y un mejor conocimiento de las necesidades sociales que exigen una satisfacción con la calidad suficiente (principio de accesibilidad) y el desarrollo de la actuación administrativa, a través de la ejecución de las políticas públicas con sometimiento pleno a la ley y al derecho (principio de juridicidad).

Ello también permite apreciar una *legitimación democrática formal*, que surge de la participación en la elección popular, universal, libre, directa y secreta de los representantes de la comunidad (principio de representatividad) y el otro se produce mediante el reconocimiento de instancias y procedimientos de participación en la elaboración, toma de decisión y ejecución de las políticas públicas (principio de participación). Esta debe ir acompañada de la *legitimación democrática material*, es decir, de la efectiva satisfacción de las necesidades colectivas (principios de eficacia y eficiencia) a través de la gestión pública, responsable, transparente y ética, que implemente las actividades prestacionales necesarias para garantizar el libre desarrollo de la personalidad y una vida digna, en el marco de evolución alcanzado por el Estado social y democrático de Derecho a comienzos del siglo XXI.

La vida local debe contribuir al ejercicio de una democracia más que directa, realmente inclusiva, donde los habitantes del municipio, los vecinos tengan cada vez más conciencia ciudadana y asuman el ejercicio efectivo del derecho a la participación activa en los asuntos públicos locales, que son aquellos que le conciernen más directamente, interviniendo e involucrándose efectivamente tanto en la toma de decisiones, como en el desarrollo y ejecución de las políticas públicas; así como asumiendo la corresponsabilidad como fórmula para garantizar la satisfacción del interés general.

Esto se debe traducir en un mejor nivel de vida de la comunidad vecinal, en un aumento del progreso y el desarrollo local, una mejora de la convivencia y por ende una auténtica cohesión social en la población, es decir, en brindar las soluciones locales a los grandes retos que impone la globalización, permitiendo alcanzar la igualdad y solidaridad con responsabilidad y libertad.

# MUNICIPIO SALUDABLE. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD

Por *ROSA MARÍA DÍAZ LÓPEZ* \*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Municipio: base constitucional y generalidades. III. Salud: base constitucional del derecho a la protección a la salud y el marco jurídico sanitario. IV. Municipio saludable. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El municipio es la base de la organización política y social en México, como núcleo de tan compleja estructura, es importante no solo definirlo en términos generales, sino explicar de manera detallada y precisa cómo se conforma, así como su base constitucional.

Al existir tantos aspectos a tomar en cuenta dentro del municipio y su funcionalidad como base del sistema de gobierno mexicano, en esta ocasión, se abordará la salud, el derecho a la protección a la salud, su base constitucional y jurídica desde la perspectiva federal y estatal, por lo que se describirá la Ley General de Salud y su homóloga en el estado de Nuevo León, para así llegar a la institución municipal.

Al ser el derecho a la protección a la salud un tópico medular de este trabajo, se presentará el programa de Municipios Saludables con información acerca de programas y avances en el sector salud por parte del Gobierno del Estado de Nuevo León y sus municipios.

Posteriormente, se expondrán casos específicos de cómo el programa de Municipio Saludable ha sido implementado con éxito en los municipios de San Pedro Garza García y Santa Catarina. En el caso particular del municipio de San Pedro Garza García, se hablará del programa «Un Solo San Pedro» y de cómo la institución municipal se vincula con organismos federales, estatales y con la comunidad para trabajar en programas que brindan atención a la población y de esta manera fomentar el correcto cumplimiento del derecho a la protección de la salud. Este programa que cuenta con poco tiempo en su implementación, ha registrado avances, en especial en cuestiones de mejoramiento de la vivienda, considerado un determinante de la salud.

---

\* Doctora en Derecho. Maestra e investigadora de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Un caso importante a considerar también es el de Santa Catarina, municipio cuya participación ha sido muy destacada dentro de la Red Neolonesa de Municipios Saludables, gracias al dinamismo de su comité, se han llevado a cabo varios proyectos que han sido incluso reconocidos a nivel nacional, un ejemplo de ello es el proyecto «Chicos Fuertes y Saludables», mediante el cual la Dirección de Salud Municipal de Santa Catarina de la Administración actual, ganó el concurso nacional «Comunidades Saludables» 2013, cuyo premio ascendió a la cantidad de setecientos mil pesos.

Mediante la presentación de estos casos, se podrá constatar el éxito alcanzado de este programa implementado en estos municipios del estado de Nuevo León.

## II. MUNICIPIO: BASE CONSTITUCIONAL Y GENERALIDADES

En México, la institución municipal es una de las bases de nuestro sistema de gobierno. Los ciudadanos se encuentran ligados hacia los mandatarios locales, pues se ocupan de los problemas inmediatos que los aquejan e inevitablemente, esto crea lazos estrechos. Sin embargo, ¿cómo podríamos dar una definición de municipio? Según Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, «el municipio es un pequeño cosmos donde se reflejan los problemas sociales, en el que se puede apreciar de manera sencilla el funcionamiento de cualquier sistema de gobierno».<sup>1</sup>

El municipio es una maqueta a escala donde podríamos analizar cualquier esquema gubernamental de nuestro país. Como es natural, no puede existir solo necesita de elementos como la población, el territorio, el gobierno, la capacidad económica, la finalidad y la personalidad jurídica. Todo se conjunta para crear una institución que interactúa de manera directa con el pueblo, pero para ello «debe gozar de cierta autonomía, misma que el Estado debe reconocerle y asegurarle, pero sin que esto implique que las comunas se conviertan en entidades autárquicas y desvinculadas del poder central»,<sup>2</sup> pues su tarea principal es la conciliación de dos ideas: democracia y eficacia.

Esta forma de gobierno fue traída directamente desde España cuando comenzó el periodo colonial, luego de la toma de Tenochtitlán. La municipalidad tiene sus orígenes en la antigua Roma, donde comenzó a instaurarse para proteger las tierras recién conquistadas del imperio. Sin embargo, es a los árabes a quienes debemos el fuero municipal como lo conocemos ahora, pues durante su invasión a la Península Ibérica lograron introducirlo.

El sistema logró aceptación en España gracias a su naturaleza regionalista, propicia para aceptar la organización por municipios. De esta manera, floreció durante los siglos XI, XII y XIII, aunque tuvo etapas que fueron marcando su travesía.

---

<sup>1</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Ed. Porrúa, 8a. edición, México, 2012, p. 1164.

<sup>2</sup> *Ibíd.*, p. 1165.

La primera fase fue constituida por el concejo abierto, aunque duró muy poco debido a su carácter absolutista, que fue despreciado por la población. Así fue como se llegó al concejo cerrado, bastante cercano al ayuntamiento que conocemos en la actualidad. En este nuevo sistema se integraban no solo quienes estuvieran «capacitados» para el gobierno, sino también personas de la misma vecindad, sentando las bases de una democracia participativa entre el pueblo y sus mandatarios.

Una vez que estuvo bien arraigado en España, pudo trasladarse a sus nuevos territorios. La primera piedra de este modelo la colocó Hernán Cortés al llegar a lo que ahora es México, desde el momento en que fundó el ayuntamiento de la Villa Rica de la Vera Cruz. En la Colonia, «el núcleo criollo que dirigía el ayuntamiento de la ciudad de México, tuvo una notable participación al sustentar la tesis de la reasunción de la soberanía nacional por el pueblo en ausencia del rey cautivo, misma que se ejercería por sus órganos representativos más inmediatos como lo serían las juntas de los concejos municipales»<sup>3</sup> y por eso se regularon en la Constitución de Cádiz de 1777. Sin embargo, en cuanto la Independencia se volvió una realidad, la Constitución de 1824 los olvidó, pues consideraba que cada estado debía organizar libremente a su gobierno interior.

Diez años después, en la nueva Carta Magna, se elevó la reglamentación de los municipios, pues en la sexta ley titulada «División de la República y gobierno interior de los pueblos», se destinaron los artículos 22 al 26 a regularlos minuciosamente.<sup>4</sup> Aunque era necesario crear estas legislaciones, a partir de ese momento se les arrebató muchísima independencia, como se comprobó con las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843, porque se establecieron ordenanzas, reglamentos de policía, además de que deberían someter a la aprobación federal los planes de arbitrios y los presupuestos anuales de gastos. Estas mismas reglas se perpetuaron en la Constitución de 1857.

Actualmente, podemos ver la evolución de este concepto en la Constitución de 1917, donde se le hace referencia directa en más de cinco artículos. En ellos, se afianza la importancia de la municipalidad, a su vez que se crea su relación con los sectores de educación, servicios públicos, autoridades administrativas, entre otros; si bien están regulados por el poder federal, siempre se hace hincapié en la libertad que tienen los gobiernos locales para desempeñar sus funciones. De la misma manera, el artículo 115 constitucional «es el precepto rector de la institución municipal».<sup>5</sup> En él, se tratan cuestiones respecto al gobierno, la autonomía, los servicios públicos, la cooperación y asociación, la economía municipal y el desarrollo urbano.

España jamás dejará de ser nuestro referente directo en cuestiones municipales. La figura del alcalde continúa siendo vital para el funcionamiento de la institución, algo que estuvo estipulado en las leyes de la Constitución de Cádiz. Sin embargo, es sencillo comparar el sistema que tenemos en México con el de Francia, pues estamos fuertemente influenciados por las ideas de los galos.

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 1176.

<sup>4</sup> *Ibíd.*, p. 1177.

<sup>5</sup> *Ibíd.*, p. 1179.

Ellos consolidaron los municipios con la Ley del 5 de abril de 1884, conformándolos de cuatro divisiones:

1. Concejo municipal
2. Órgano unipersonal ejecutivo (*maire*, que es lo que nosotros conocemos como alcalde)
3. Los adjuntos (*les adjoints*, que fungen como asesores del *maire*. Su equivalente en nuestro país serían los regidores)
4. Secretario, tesorero y funcionarios para cada servicio

Tal como sucede en nuestra nación, el *maire* francés es la figura central del municipio y recibe numerosas atribuciones a cumplir. Él es el responsable directo de la policía de su localidad, controla a sus dirigentes, su organización; cualquier cambio que se desee llevar a cabo tiene que ser aprobado personalmente por él. De la misma manera, se encarga de las medidas conservatorias de derecho de la comuna, que no es otra cosa que la presencia y representación de la ciudadanía en los actos de vida jurídica. Su asistencia es de gran importancia, pues simboliza la estrecha relación que se tiene con el pueblo, piedra angular de la institución que nos compete.

Retomando el hilo conductor de este trabajo respecto a los municipios saludables y sus *determinantes*, que son elementos que se relacionan con factores externos al sector salud, como lo son: modificaciones en los estilos de vida, inequidad económica, marginación social y falta al acceso de oportunidades.

Estos determinantes se han tomado en cuenta en los municipios que a continuación analizaremos dentro de los rubros de vivienda y obesidad, y que corresponden a las modificaciones en los estilos de vida de los habitantes de los municipios de San Pedro Garza García y Santa Catarina.

Se considera que el México de hoy requiere de un federalismo renovado en su organización política que fortalezca su capacidad democrática y propicie un país más equilibrado y más justo. El Acuerdo Nacional para la Descentralización de los Servicios de Salud cita que el proyecto de nación al que aspira México está definido en sus principios constitucionales, entre los que destaca el federalismo, en este contexto, el papel que tiene el municipio es determinante y esto se hace evidente en la Constitución al identificar las atribuciones del municipio, definidas en el artículo 115: «Los municipios, con el concurso de los estados, cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo los siguientes servicios públicos: agua potable y alcantarillado, alumbrado público, limpia, mercados y centrales de abasto, panteones, rastro, calles, parques y jardines».<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917, Diario Oficial de la Federación, Última reforma, 23 de diciembre de 1999.

### III. SALUD: BASE CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL MARCO JURÍDICO SANITARIO

«Para Bobbio y Ferrajoli, juristas constitucionales y con los cuales coincido plenamente, lo trascendente en la actualidad radica en hacer efectivos los Derechos Humanos, en virtud de que son la piedra angular de la democracia sustancial que caracteriza al nuevo Estado Constitucional del Derecho del siglo XXI».<sup>7</sup>

Hablar del derecho a la salud es incursionar en el tema de los derechos humanos y los derechos fundamentales. El estudio de los derechos fundamentales tiene como referencia ineludible los derechos humanos.

De acuerdo con la concepción *iusnaturalista racional*, los derechos del hombre existen aún antes del reconocimiento que de ellos lleva a cabo el derecho positivo, por tanto, los considera inherentes a la persona humana.

La idea básica del ser humano como sujeto y no como objeto que al nacer es portador de derechos inalienables e inviolables, deviene del concepto de dignidad humana como valor consustancial a la persona, del que Kant hizo una de las más detalladas teorías.<sup>8</sup> Las Constituciones modernas integran de una u otra forma en su texto tales derechos. Así, transforman los derechos humanos en derechos fundamentales al incorporarlos como un elemento esencial del sistema jurídico, que los reconoce y garantiza con la fuerza que les imprime el derecho positivo, de tal forma que reclamar un derecho fundamental sea simplemente exigir el respeto a un derecho natural de la persona, pero este reclamo carecerá de sentido si no se le da a ese derecho el carácter de positivo.

Actualmente, después de la reforma del artículo 1 constitucional federal, la idea de distinguir entre derecho humano y fundamental se desvanece en beneficio de la dignidad humana, es por ello y conforme lo señala Enrique Carpizo Aguilar que de esa forma, el criterio de jerarquía normativa, en cuanto orden preferente de aplicación cede camino frente al principio *pro persona* en su variante de preferencia normativa.<sup>9</sup>

Es muy difícil definir a los derechos humanos en un concepto acabado, ya que existe un catálogo amplísimo de ellos en diferentes ordenamientos nacionales y en Tratados Internacionales, tanto a lo largo de la historia y de la doctrina jurídica como política.

<sup>7</sup> Gil Rendón, Raymundo, «Los derechos fundamentales y la impartición de justicia. Derecho constitucional», <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/losderechosfundamentalesylaimparticiondejusicia.pdf>

<sup>8</sup> Kant, Emmanuel, «Fundamentación de la metafísica de las costumbres», trad. de García Morente, Manuel, San Juan, Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, pág. 41, [http://pmrb.net/books/kantfund/fund\\_metaf\\_costumbres\\_vD.pdf](http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf)

<sup>9</sup> Carpizo Aguilar, Enrique, «Derechos fundamentales. Interpretación Constitucional. La Corte y los Derechos», pp. 108-114, citado en *El control constitucional y el convencional frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos*, Ed. Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2014. p. 64.



### 3.1. Definiciones y clasificación de los derechos fundamentales por generaciones

Ahora bien, ¿qué debemos entender por derechos fundamentales? Carlos F. Quintana señala que son un «[...] conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten, por tener la calidad de derechos fundamentales».<sup>10</sup>

Es decir, los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna. Se puede afirmar que son inherentes a los seres humanos, que por su propia naturaleza son reconocidos por la sociedad y el poder público al que pertenecen y se encuentran sujetos.

El tratadista Luigi Ferrajoli concibe a los derechos fundamentales como límites a través de los cuales se maximiza la libertad y se minimiza la arbitrariedad por parte del gobernante. Propone una reestructuración de la democracia, escindiéndola en dos dimensiones: democracia formal (relacionada con el procedimiento) y democracia sustancial (ligada al contenido de esas decisiones). Esta última concepción se relaciona directamente con la legitimidad formal y sustancial, creada a partir que se redimensiona el concepto de democracia y relacionada directamente con el cumplimiento de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho.

Para Miguel Carbonell son «[...] derechos fundamentales aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera supremo dentro de un sistema jurídico determinado, porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado».<sup>11</sup>

Como dijera el gran politólogo y jurista Norberto Bobbio: «Es tiempo de los derechos humanos»,<sup>12</sup> pero es más importante su protección y defensa que la misma especulación o discusión filosófica sobre la justificación o el contenido de los derechos fundamentales, incluso sobre cuántos y cuáles son, pues finalmente se encuentran plenamente identificados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. O bien, como recientemente escribiera Ferrajoli en su obra *Derechos y garantías, la ley del más débil*,<sup>13</sup> lo importante de los derechos humanos es garantizar en forma eficaz, no solo los derechos humanos de la primera generación, sino también

<sup>10</sup> Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos Humanos*, 5a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 9.

<sup>11</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 9, p. 2

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 37, citado por Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 9, pp. 12-14.

los derechos de la segunda generación, consistentes en los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales consisten en una obligación o prestación de hacer por parte del Estado.

De las definiciones anteriores se puede desprender que existen varios tipos de derechos fundamentales, los cuales se clasifican en su orden de aparición histórica por generaciones de derechos, conforme al siguiente agrupamiento:

Los tres primeros tipos de derechos que a continuación se enuncian se clasifican en «derechos de la primera generación» y los derechos sociales se ubican en la segunda generación.

*a) Los derechos individuales.* Tales como la vida, la libertad, derecho a la seguridad, derecho de igualdad ante la Ley, derecho a un debido proceso legal y derecho al recurso efectivo.

*b) Los derechos de los ciudadanos.* A la vida privada, a la participación en el Gobierno, el derecho de asilo y el derecho de propiedad.

*c) Los derechos de conciencia.* Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, de opinión, de expresión, de reunión y de asociación.

*d) Los derechos sociales.* De seguridad social, de salud, al trabajo, al descanso, a un nivel de vida adecuado y a la educación.

Actualmente, se está abriendo paso a nuevos derechos humanos, a los cuales se les denomina «de la tercera generación» o «de solidaridad». Entre los derechos de solidaridad se pueden mencionar: el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, el derecho a ser diferente.

De ahí que el referirnos al derecho a la protección de la salud no solo implica mencionarlo como un derecho para el ciudadano, sino también como una obligación para el Estado. Se considera trascendental en el sistema jurídico mexicano clasificar este importante derecho como normativa social.

### **3.2. El derecho a la protección de la salud: ¿un derecho individual o social?**

Como más adelante lo veremos, en el contexto jurídico, se han enarbolado ambas corrientes, ya que para unos se trata de un derecho individual, y para los otros, de un derecho social.

Desde 1946, de acuerdo con Miguel Carbonell y otros tratadistas, al nacer la Organización Mundial de la Salud (OMS), la comunidad internacional reconoció «el derecho a la salud como el estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la

ausencia de afecciones o enfermedades»; se le concibe como un derecho fundamental y el lograr el grado más alto es un objetivo social.<sup>14</sup>

El derecho a la protección de la salud está vinculado por su origen, con el derecho asistencial y con el de la seguridad social. La diferencia es que el derecho asistencial era visto por el Estado como un acto de caridad, beneficencia o hasta compasión a los más desprotegidos, situación que con el transcurso del tiempo se tornó en una obligación para el Estado: esto es garantizar a los ciudadanos un mínimo que les permitiera un nivel de vida digno.

Si bien es cierto que la Declaración Universal de los Derechos Humanos no es un tratado, algunos especialistas en derecho consideran que la mayoría de sus previsiones son ya costumbre internacional.<sup>15</sup> El artículo 25 sostiene: «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, estatus a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la *alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros de [...] enfermedad, invalidez[...]*».

En el mismo se utiliza el concepto derecho a la salud en los artículos 11 y 14 cuando determina que «toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad».

El nuevo párrafo tercero del artículo 4 constitucional,<sup>16</sup> es la médula del programa de salud del Estado mexicano. El dígito referido literalmente estatuye: «Artículo 4.- Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del Artículo 73 de esta Constitución».

En México, el derecho a la protección de la salud es parte del derecho social, ya que es un derecho que se revela frente al Estado, el cual asume el deber de proteger convenientemente la salud mediante la organización y puesta en funcionamiento de los medios que se consideran necesarios para acceder a ella.

Así, el derecho constitucional a la protección de la salud, es aquel derecho que se ostenta frente al Estado a fin de obtener una acción positiva de este dirigida a la efectiva

<sup>14</sup> Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 22 de julio de 1946, entró en vigor el 7 de abril de 1948, reformada por la 26<sup>a</sup>, la 29<sup>a</sup>, la 39<sup>a</sup> y la 51<sup>a</sup> Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 Y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, p. 1. Disponible en Internet: [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf). Ver también a Carbonell, Miguel, ob. cit., pp. 866 y ss.

<sup>15</sup> Leary, A. Virginia. «The Right to Health in International Human Rights Law In Health and Human Rights», vol. 1, núm. 1, p. 32.

<sup>16</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917. Diario Oficial de la Federación. Última reforma, 8 de febrero de 2012.

satisfacción de la salud individual por encima de las posibilidades personales del sujeto. El régimen jurídico de la protección de la salud en México ha tomado una inusual importancia. Por un lado, debido a que constituye la respuesta a una necesidad fundamental del individuo y por otro, a la enorme complejidad que reviste tanto en los aspectos económicos, técnicos, asistenciales, jurídicos y humanos.

La manifestación política y social del Estado mexicano, al elevar a rango máximo el derecho de todos los mexicanos a que su salud sea protegida, se suma al amplio catálogo de principios protectores de una existencia propia a la condición del ser humano.

Por lo tanto, el derecho a la protección a la salud es un derecho que posee en sus bases y fundamentos, una naturaleza de carácter social.

### **3.3. La Ley General de Salud**

La iniciativa de la Ley General de Salud<sup>17</sup> se presentó por el Ejecutivo Federal el 15 de noviembre de 1983. En ella se establece que la salud es un bien social y cultural, que el Estado no puede acrecentarse sin la participación de la sociedad y del hombre en particular. En la iniciativa<sup>18</sup> se establecieron como puntos importantes los siguientes:

- Las finalidades del derecho a la protección de la salud.
- El contenido básico de la salubridad general.
- Quiénes son las autoridades sanitarias.

En ella también se desarrollan las bases fundamentales del Sistema Nacional de Salud, señalando como objetivos prioritarios los que a continuación se enumeran:

- Prestar servicios de salud a toda persona.
- Contribuir al desarrollo demográfico.
- Coadyuvar al bienestar social mediante la asistencia social a grupos vulnerables.
- Impulsar el desarrollo de la familia y la comunidad.
- Mejorar las condiciones sanitarias del ambiente.

Se precisa que en nuestro Régimen Jurídico existen modalidades normativas que deben formar parte de un todo sistemático: la salubridad general, que se reserva la federación y la salubridad local, que abarca tanto a las entidades federativas como a los municipios

Que se pretende que la Secretaría de Salubridad y Asistencia (hoy Secretaría de Salud) dicte las normas técnicas comunes a la salubridad general, que asegure la formación de principios, criterios políticos y estrategias, y que se celebren acuerdos de coordinación entre la federación y las entidades federativas.

---

<sup>17</sup> Congreso de la Unión, «Discusiones, dictámenes y declarativa final de la Ley General de Salud», noviembre 14, 15 y diciembre 26 de 1983.

<sup>18</sup> *Idem*.

Hoy día, la Ley General de Salud<sup>19</sup> reglamentaria del artículo 4 constitucional, es el ordenamiento básico en la infraestructura de salud, pues en él se establecen las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y su concurrencia con la federación y las entidades estatales en materia de salubridad general. En este cuerpo legal, se determina el contenido o las pretensiones en torno a la protección del derecho a la salud.

Con la expedición de esta Ley, el Estado asume el papel regulador de este derecho social. En ella se establece que el derecho a la protección de la salud es fundamental para el desarrollo integral del ser humano y de la sociedad. Tiene como finalidad el fomento de actitudes racionales, responsables y solidarias, para el total crecimiento del ser humano y como consecuencia, de la sociedad; que basadas en el conocimiento de los efectos de la salud sobre la vida individual y social, coadyuven al mejoramiento de la calidad de vida. Asimismo, consagra el impulso de la investigación científico-tecnológica y de la enseñanza de la salud.

La Ley establece funciones generales y específicas para garantizar el derecho a la protección de la salud, se puede citar el elemento moderador entre los intereses de la sociedad y los individuos. Ser el medio por el cual el gobernado adopta las medidas necesarias para responder al progreso de la ciencia y la tecnología y garantizar la equidad en la prestación de servicios.

En la actualidad, el Sistema Nacional de Salud es el que está constituido por las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas y morales de los sectores social y privado que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la protección de la salud.<sup>20</sup>

Esta Ley conceptualiza temas que serán de utilidad en el desarrollo de este trabajo, tales como:

- Atención médica, art. 32<sup>21</sup>
- Usuarios de servicios de salud, art. 50<sup>22</sup>
- Prestadores de servicios médicos, arts. 78 y 79<sup>23</sup>

<sup>19</sup> *Ley General de Salud*, Diario Oficial de la Federación, de fecha febrero 7 de 1984 y última reforma publicada el 7 de junio de 2012.

<sup>20</sup> *Ibidem*, Art. 5.

<sup>21</sup> *Ibidem*, Art. 32. «Se entiende por atención médica el conjunto de servicios que se proporcionan al individuo, con el fin de proteger, promover y restaurar su salud».

<sup>22</sup> *Ibidem*, Art. 50. «Define que los usuarios de los servicios de salud son aquellas personas que requieran y obtengan dichos servicios, ya sea del sector público, social o privado».

<sup>23</sup> *Ibidem*, Art. 78 y Art. 79. «El ejercicio de las profesiones, de las actividades técnicas y auxiliares y de las especialidades para la salud, estará sujeto a: I. La Ley Reglamentaria del Artículo 5o. Constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal; II. Las bases de coordinación que, conforme a la Ley, se definan entre las autoridades educativas y las autoridades sanitarias; III. Las disposiciones de esta Ley y demás normas jurídicas aplicables, y IV. Las Leyes que expidan los Estados, con fundamento en los Artículos 5 y 121, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos». Art. 79.

— Servicios de salud<sup>24</sup>

También establece funciones específicas, a saber: el combate a toda conducta perjudicial para la salud, la ejecución de programas y servicios para fomentarla, la sistematización de la participación de la sociedad, la vigilancia de la calidad de la atención y de los productos para el uso y consumo humano (en páginas posteriores, esta línea de acción de la Secretaría de Salud se objetiviza en el programa «Municipio Saludable»).

¿El Estado mexicano ha cumplido con este último apartado descrito en la Ley General de Salud? En el desarrollo del tema principal de este trabajo se dará contestación a esta interrogante.

### 3.4. Nuevo León. Base constitucional actual

En cuanto a la base constitucional del derecho a la protección a la salud en el Estado de Nuevo León, es importante señalar que en la Constitución de 1917 se concentra la mayor cantidad de reformas, siendo esta la que nos rige actualmente: de ahí su importancia.

Primeramente, el artículo 3 en su primer párrafo establece lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a la protección de la salud y a una alimentación sana y suficiente que propicie un desarrollo físico e intelectual. La Ley establecerá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y garantizará el acceso a la sana alimentación a través de políticas públicas, así mismo determinará la participación del Estado y Municipios en la materia».<sup>25</sup>

La Constitución de 1917 se divide en dos secciones: la primera es la dogmática, en donde se consagran las garantías del individuo tuteladas por el Estado; la segunda, o parte orgánica, estatuye la forma de gobierno, con carácter republicano representativo y popular. Define asimismo la estructura que adoptan los tres poderes del Estado y las facultades que respectivamente les corresponden. Incluye también la división territorial del Estado, cuya base es el municipio libre; contiene además, el procedimiento que debe seguirse para reformar dicho ordenamiento constitucional.

---

«Para el ejercicio de actividades profesionales en el campo de la medicina, odontología, veterinaria, biología, bacteriología, enfermería, trabajo social, química, psicología, ingeniería sanitaria, nutrición, dietología, patología y sus ramas, y las demás que establezcan otras disposiciones legales aplicables, se requiere que los títulos profesionales o certificados de especialización hayan sido legalmente expedidos y registrados por las autoridades educativas competentes».

<sup>24</sup> *Ibidem*, Art. 34. «Los servicios de salud se clasifican en: servicios públicos a la población en general; servicios a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social o los que con sus propios recursos o por encargo del Poder Ejecutivo Federal, presten las mismas instituciones a otros grupos de usuarios; servicios sociales y privados, sea cual fuere la forma en que se contraten, y otros que se presten de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria».

<sup>25</sup> *Constitución Política del Estado de Nuevo León 1917*. Última reforma publicada el 8 de febrero de 2012.

### 3.5. Ley Estatal de Salud en Nuevo León

El estado de Nuevo León cuenta con la Ley Estatal de Salud, la cual en su artículo 1 determina su naturaleza al señalar que es reglamentario del artículo 3 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León. Regula las bases y modalidades de acceso a los servicios de salud y la participación del Estado y sus municipios en materia de salubridad general, así como la salubridad local y determina que sus disposiciones son de orden público e interés social.

El artículo 3, en su párrafo 1, menciona: «Toda persona tiene derecho a la protección a la salud. La ley establecerá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y determinará la participación del Estado y sus municipios en la materia».<sup>26</sup>

Entre los numerales que nos interesan para demostrar la trascendencia del derecho a la protección de la salud, se encuentra el artículo 4 en el que se establece tanto la universalidad del derecho a la salud, como la finalidad de dicha prerrogativa, en los términos siguientes.

De acuerdo con el artículo 4, el derecho a la protección de la salud tiene las siguientes finalidades:

- El bienestar físico, mental y social del hombre para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;
- La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;
- La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;
- La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;
- El disfrute de los servicios de salud que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población;
- El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud; y
- El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Sobre la base de lo expuesto en los incisos anteriores, se puede constatar que el artículo 4 determina la responsabilidad del Estado en la regulación de la materia de salud en sus ámbitos general y local.

En las páginas siguientes se describirá parcialmente y en un sector específico, pero fundamental para el federalismo del país, al municipio en su carácter de prestador de servicios de salud, tales como agua, recolección de basura, vivienda, alimentación, etcétera; con lo que se tratará de demostrar si en efecto este ha cumplido con el derecho fundamen-

<sup>26</sup> *Ley Estatal de Salud*. Periódico Oficial del Estado. Diciembre 12, 1988, última reforma publicada el 2 diciembre de 2009

tal de dar salud en su definición más amplia a los habitantes de los municipios a través del programa Municipio Saludable.

#### **IV. MUNICIPIO SALUDABLE**

La salud es un componente imprescindible para alcanzar el bienestar, trasciende el campo de lo biológico por ser una condicionante del desarrollo, del trabajo, la educación y cultura.

En la actualidad, el sector salud enfrenta el reto de dar respuesta a las nuevas demandas de salud que el desarrollo implica y se vislumbra la poca probabilidad que se tiene bajo la forma actual de organización, se hace necesario superar los rezagos acumulados y hacer frente a estos nuevos retos, por lo que resulta indispensable la redefinición estructural del sistema.

Previamente al análisis de la política pública denominada «Municipio Saludable», hay que recordar que el origen y la razón de ser de este programa es lo establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en donde en el artículo 25 se estableció el derecho de que todos los gobernados deben de tener un nivel de vida adecuado, que les asegure salud y bienestar, etcétera y que quedó plasmado en páginas anteriores.

Ahora bien, el movimiento de «Municipio Saludable» surgió a nivel mundial con el concepto de «Ciudades Sanas» en Toronto-Canadá y posteriormente en 1992, la Organización Panamericana de la Salud (ops) le denomina *municipios saludables* durante la Conferencia Internacional de Promoción de Salud y Equidad, en Santa Fe de Bogotá, Colombia.

Un año después, México asesorado por la Organización Panamericana de la Salud, se adhiere a este movimiento con el acuerdo de once municipios del país que se reunieron en el Estado de Nuevo León haciéndose tangible lo anterior con la firma de la Carta Compromiso Monterrey. Actualmente este movimiento se considera una estrategia nacional clave para promover la colaboración intersectorial, la participación de la comunidad, la divulgación de información sobre salud para construir entornos y comunidades saludables, así como la generación de políticas públicas. El Programa de Municipios Saludables se creó después, en 1994 y la Dirección General de Promoción de la Salud, es el área responsable de dar seguimiento a este movimiento y a este programa.

La Red Mexicana de Municipios por la Salud (RMMS) es una asociación civil y para su operación cuenta con Estatutos de Organización y Funcionamiento a partir de 2003. A la fecha se encuentra vigente y está constituida por 32 Redes Estatales. De los 2445 municipios en el país, más de 1300 están afiliados a la Red Mexicana. La RMMS es líder en estatutos, organización y convocatoria nacional, a la fecha su presidenta es la licenciada Esthela de Jesús Ponce Beltrán, del estado de Baja California.

Esta Red, en el estado de Nuevo León, se divide en seis regiones, las cuales se describirán a continuación:



a) Región Centro A. Monterrey, San Nicolás de los Garza, Escobedo, Apodaca, Juárez, Guadalupe, García, San Pedro Garza García y Santa Catarina.

b) Región Centro B. Abasolo, Ciénega de Flores, El Carmen, Zuazua, Mina, Hidalgo y Salinas Victoria.

c) Región Noreste. Cadereyta Jiménez, Cerralvo, China, Dr. Coss, Dr. González, Gral. Bravo, Los Aldama, Los Herrera, Los Ramones, Higuera, Marín, M. Ocampo y Pesquería.

d) Región Norte. Agualeguas, Anáhuac, Bustamante, Gral. Treviño, Lampazos, Parás, Sabinas Hidalgo, Vallecillo y Villaldama.

e) Región Citrícola. Allende, Gral. Terán, Hualahuises, Linares, Montemorelos, Rayones y Santiago.

f) Región Sur. Aramberri, Dr. Arroyo, Galeana, Gral. Zaragoza, Iturbide y Mier y Noriega.

Esta Red tiene como objetivo impulsar el desarrollo y fortalecimiento de los municipios, facilitando y fomentando el intercambio de conocimientos y experiencias de promoción de la salud, con el fin de incidir positivamente en las condiciones de salud y vida de la población. Dentro de sus propósitos están el promover y preservar la salud en los municipios, en armonía con el entorno y propiciar una recíproca colaboración entre sus agremiados.

El interés principal de la Red Mexicana es colocar a la salud entre los temas de mayor envergadura en las agendas de los responsables en la toma de decisiones de los diferentes órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal

A través del tiempo, las 19 reuniones nacionales de esta Red han concentrado cada una de ellas a más de mil personas. Los asistentes a estas reuniones son presidentes municipales, personal de los ayuntamientos, regidores, personal de salud y funcionarios de instituciones relacionadas con la labor de los municipios.

A veinte años de haber iniciado el movimiento municipal por la salud en México, Nuevo León ha sido gran impulsor de este movimiento: ha presidido la Red en los periodos 2004-2005 y 2007-2008, también ha sido sede de reuniones en tres ocasiones 1993, 1996 y 2004.

A lo largo de estos años de trabajo constante y creciente, la participación de las autoridades y las comunidades ha sido cada vez mayor en la solución de los problemas de salud pública y los vinculados a otros determinantes que afectan la salud en sus municipios. Esta actividad se ha visto plasmada en la realización de las reuniones nacionales en donde se difunde información y hay un intercambio de experiencias en todo el país de numerosos proyectos, acciones y programas de promoción de la salud a nivel municipal y local.

Este intercambio ha permitido adaptar y priorizar las necesidades locales a las características de las diferentes regiones del país, a fin de enfrentar adecuadamente los problemas y satisfacer cabalmente las necesidades de las mismas. La experiencia ha demostrado que tal capacidad de adaptación se ha convertido en su fortaleza principal.

En Latinoamérica, la Red Mexicana de Municipios Saludables es líder en estatutos, organización y convocatoria nacional, ya que esta preside la Red de Comunidades y Municipios Saludables de las Américas en la región.

Dentro de la Red Mexicana de Municipios Saludables se encuentra el Programa de Entornos y Comunidades Saludables en su componente de participación municipal, el que considera al municipio mexicano como el marco ideal para la construcción de entornos y comunidades saludables, por ser la base de la estructura política-administrativa y del desarrollo económico y social del país. Asimismo, considera como preponderante el papel que desempeña la RMMS y las autoridades locales, fundamentalmente los alcaldes, en la construcción de políticas públicas saludables.

El Programa de Entornos y Comunidades Saludables requiere del contexto político, económico, cultural, ambiental y social con una visión multifactorial e intersectorial a fin de propiciar ambientes saludables reflejados en el desarrollo y bienestar colectivo.<sup>27</sup>

El estado de Nuevo León, fundador de este programa, ha planteado una serie de objetivos y metas para sus 51 municipios, lo cual permite tener un control y apreciar los avances y las deficiencias que presenta cada municipalidad.

La Red Mexicana de Municipios por la Salud (RMMS) en cumplimiento a sus estatutos y en seguimiento a las resoluciones acordadas en cada una de las reuniones nacionales ha propuesto lineamientos para elaborar el Plan Anual de Trabajo 2012-2015 para las Redes Estatales de Municipios por la Salud, a partir del diagnóstico de las necesidades que guían las políticas de salud actualmente. La visión que se establece es generar sinergia con la Secretaría de Salud y el Consejo Nacional de Salud.

El planteamiento de los proyectos que conforman el Plan Anual de Trabajo tiene como eje central el desarrollo municipal desde lo local, con énfasis en la promoción de la salud mediante el abordaje de los determinantes sociales, enmarcado en el artículo 115 constitucional, el cual ya se expuso en apartados anteriores. Los principales temas de estos proyectos son: alimentación y nutrición; activación física; prevención de embarazo en adolescentes; pediculosis; prevención de accidentes; prevención de adicciones; salud mental; prevención del dengue; control de mascotas; valores e integración familiar; y promoción de estilos de vida saludable.

#### **4.1. San Pedro Garza García**

Como se expuso previamente, el programa «Municipio Saludable» mediante la Red Neoleonesa de Municipios Saludables pretende que las municipalidades presenten proyectos que permitan el mejoramiento de las condiciones de salud entre sus pobladores.

---

<sup>27</sup> Fuente: «Promoviendo la calidad de vida a través de los Municipios y Comunidades Saludables». Guía de los alcaldes y otras autoridades locales. OPS.

San Pedro Garza García (llamado coloquialmente San Pedro) es uno de los 51 municipios del estado mexicano de Nuevo León y forma parte de la Zona Metropolitana de Monterrey.

El municipio, cuyo nombre hace honor a Genaro Garza García (el gobernador que lo elevó a la categoría de villa en 1882) cuenta con 69,4 km<sup>2</sup> de extensión territorial, los cuales cubren una pequeña parte de la Sierra Madre Oriental. Su altitud es de 640 metros sobre el nivel del mar y tiene una población de 125 978 habitantes, los cuales residen en 29 000 hogares comprendidos en 128 colonias. Conocido como el municipio modelo de México, San Pedro Garza se destaca diariamente por su gran crecimiento urbano y comercial.

San Pedro Garza García se sitúa como un referente importante de las políticas públicas municipales en México gracias a los resultados alcanzados por el trabajo decisivo del Gobierno y por la participación responsable y constante de la sociedad.

El informe del programa de Municipios Saludables del año 2012 indica que el municipio de San Pedro ha cumplido de manera satisfactoria con requisitos tales como: Comité Municipal de Salud, capacitación con su respectivo expediente y etapas, diagnósticos de salud, taller intersectorial, plan de trabajo, proyecto vinculado a salud pública y acta de cabildo.

#### **4.1.1. Programa «Un Solo San Pedro»**

En la actual administración (2012-2015), se ha presentado el programa «Un Solo San Pedro», estrategia dirigida a combatir la pobreza, promover la inclusión y la cohesión social, teniendo como base el reforzamiento en la atención de las Determinantes Sociales de la Salud.

Este programa reconoce que la inclusión social y la mitigación de la pobreza son componentes fundamentales para consolidar la política social y mejorar la calidad de vida de los sampetrinos, razón por la cual nace «Un Solo San Pedro», plasmado en la Agenda Oro del Plan Municipal de Desarrollo de San Pedro Garza García, Nuevo León.

Como se mencionó anteriormente, este programa presenta varios ejes de acción. En esta ocasión, se abordará el tema de la vivienda, importante elemento dentro de los determinantes sociales de la salud.

#### **4.1.2. La vivienda como determinante de la salud**

El entorno físico en el que habitan las personas tiene una influencia determinante en su calidad de vida, en especial el espacio donde se desarrolla la vida cotidiana y social más próxima: la vivienda.

Promulgaciones de la vivienda como derecho humano:

—Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

—La Segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) de 1996.

Los factores decisivos del proceso de formación personal y de su adaptación al entorno sociocultural y económico de las personas son (Tello i Robira, 2003):<sup>28</sup>

—Los componentes físicos de la vivienda: su dimensión, equipamiento, infraestructura y materiales

—Los componentes relacionales: familiares, culturales y ambientales.

Una vivienda construida adecuadamente en cuanto a su estructura, con pisos, techo o muros contruidos de materiales resistentes promueve:

—Que no dañen la salud de sus habitantes.

—Protección ante las inclemencias del medio ambiente.

—Disminuye la ocurrencia de enfermedades y otros eventos adversos.

Objetivo general:

El desarrollo integral de las personas, las familias y la comunidad a través de programas y proyectos que generen oportunidades y mejora en su calidad de vida.

Objetivo específico: El desarrollo, implementación y evaluación de acciones innovadoras que promuevan la inclusión social y mitiguen la pobreza multidimensional en el Municipio de San Pedro Garza García, y que tengan como fundamentos transversales la solidaridad, la responsabilidad ciudadana y el emprendimiento.

Avances generales del programa:

— Diagnóstico de necesidades enfocado en las 14 colonias más vulnerables del municipio.

— Instalación del Consejo Consultivo «Un Solo San Pedro», grupo multidisciplinario de actores sociales interesados en mejorar la calidad de vida de todos los sampetrinos.

— Recaudación de donativos ciudadanos por un monto de 15 millones de pesos.

Desarrollo de capacidades:

— 650 voluntarios participando activamente en el desarrollo de acciones en las 14 colonias de intervención.

— Proceso de escrituración en 851 predios correspondientes a 9 colonias. Actualmente se han entregado 290 escrituras.

---

<sup>28</sup> Pérez Rincón, Socorro. Tello i Robira, Rosa. «¿Derecho a la vivienda?: Miradas críticas a las políticas de vivienda»; [Jornadas sobre Políticas Públicas de Vivienda, Participación y Género que organizó en Barcelona, los días 13 y 14 de octubre de 2010].

### Dignificación de vivienda:

- Convenio de Colaboración con «Hábitat para la Humanidad», México A.C. en beneficio de 1100 acciones de mejoramiento de vivienda.
- Proceso de construcción de vivienda en la colonia Santa Elena en beneficio de 152 personas, además del inicio de estudios socioeconómicos y diagnósticos técnicos para viviendas de las colonias Lucio Blanco Segundo Sector, Canteras, San Pedro 400 y Los Pinos.

A pesar que ha transcurrido poco tiempo desde su implementación, «Un Solo San Pedro» ha registrado grandes avances y parece ir encaminado hacia logros y alcances muy prometedores hacia el final de la presente administración municipal.

#### 4.2. Santa Catarina

Un municipio que ha tenido una importante y destacada participación dentro del programa de «Municipio Saludable» es, sin duda, Santa Catarina, Nuevo León, ya que ha sido uno de los fundadores de la Red Mexicana de Municipios Saludables.

Santa Catarina se encuentra a menos de 2 kilómetros de la ciudad de Monterrey. La población de esta municipalidad es de 268 955 habitantes. El Comité Municipal de Salud se ha convertido en eje rector de las acciones destinadas a preservar la salud de los habitantes de este municipio y está integrado por representantes de las diversas áreas de salud de los tres niveles de gobierno, ciudadanos, industriales (Irpac-Caintra) y funcionarios del gobierno municipal. El Comité se formó en 2009 y a la fecha continúa en funcionamiento bajo el mando de nuevas autoridades, siendo el más distinguido por su dinamismo. Este municipio se ha involucrado en el proceso de la formación de la Red Neolonesa de Municipios por la Salud, el cual ocupaba la coordinación de la zona Centro A.

En 2012, una vez que se realizó un análisis para detectar los principales problemas que afectaban a los habitantes de este municipio, los integrantes del comité decidieron trabajar en el tema de obesidad y sobrepeso. Es así como surgió el proyecto «Unidos por la Salud»<sup>29</sup> que parte de un objetivo específico: generar acciones encaminadas a transformar los hábitos alimenticios en especial entre los escolares de los niveles de jardín de niños, primaria y secundaria, pero también entre los padres de familia y adultos en general.

El Comité Municipal de Salud recomendó adoptar un conjunto de estrategias y acciones, entre las que se encontraban campañas de promoción y mercadotecnia social, campañas intensivas de una sana alimentación en puntos estratégicos de la ciudad. Además, se realizaron pláticas informativas acerca de alimentación saludable. Se visitaron 142 escuelas de 157 que se tenían programadas, cubriendo el 90,4 por ciento, donde acudieron 2490 padres de familia y participaron 30 414 alumnos de jardines de niños y primarias. En escuelas secundarias se visitaron 23, distribuyendo 17 452 trípticos (meta superada en un

<sup>29</sup> Ríos Loera, Rosa María; Huerta Pérez, Lourdes. «Red Neolonesa de Municipios por la Salud». Secretaría de Salud Nuevo León, 2012.

13 por ciento), con un impacto directo en la misma cantidad de adolescentes y un impacto indirecto en 24 mil personas adicionales.

Otra acción del comité fue la Consulta de Nutrición, la cual tuvo muy buena aceptación en la comunidad, con cinco puntos en la ciudad, destacando que cuatro de ellos son bibliotecas públicas y otro, un centro de desarrollo cultural, en los cuales se atendieron a 915 pacientes. Con estas acciones en las que se involucra a los representantes de la comunidad y del gobierno, se pretende realizar transformaciones en la sociedad y construir una comunidad más saludable.

#### **4.2.1. Proyectos destacados y de alto impacto**

Un importante precedente para un proyecto de gran trascendencia fue la valoración realizada por la Fundación Santos y de la Garza Evia, la cual arrojó como resultado la presencia de un alto porcentaje de niños y adolescentes con sobrepeso y caries, razón por la cual se presentó el proyecto «Chicos Fuertes y Saludables» que ganó a nivel nacional y que ahora permitirá llevar acciones preventivas a los planteles.

Con ese proyecto, la Dirección de Salud Municipal de Santa Catarina de la Administración actual ganó el concurso nacional «Comunidades Saludables» 2013, cuyo monto ascendió a setecientos mil pesos. Este monto sirvió para llevar brigadas de concientización en materia de higiene personal, salud bucal y modificación de hábitos alimenticios, a cerca de cuarenta mil alumnos de primaria y secundaria de este municipio.

El anuncio se hizo durante la sesión mensual del Comité Municipal de Salud, donde se explicó que el premio permitirá llegar a 124 planteles de Santa Catarina e incluye además la activación física como una forma de mejorar la salud de los educandos.

El Secretario de Desarrollo Social y Humano, acompañado por la Directora de Salud, explicó que durante el ciclo 2012-2013, el gobierno municipal hizo valoraciones a los alumnos de primaria y secundaria detectándose: mala nutrición, ausencia o deficiencia en la higiene bucal y veinte casos de influenza.

En los asuntos generales, el Director de Salud Pública de la Secretaría Estatal de Salud informó de una serie de pláticas y valoraciones a mujeres con el fin de que estas se practiquen las mamografías correspondientes en el Centro de Salud de La Fama. Este servicio se brindó a quinientas mujeres que acudieron al Centro y en esta tarea se vieron apoyados por la Fundación Susan G. Kumen.

Todas estas gestiones implementadas en el municipio de Santa Catarina son el reflejo del gran desempeño del Comité Municipal y cómo este tuvo la visión de involucrar a todos los sectores sociales de esa comunidad, tales como empresarios, fundaciones, autoridades, maestros, amas de casa, etcétera; de ahí el éxito del programa «Municipio Saludable» y todo indica que seguirá cosechando grandes frutos.

## V. CONCLUSIÓN

En este artículo se presentó un trabajo de investigación acerca del municipio como base de la organización política y social de México, así como del derecho a la protección a la salud desde la perspectiva federal, estatal y municipal.

El municipio es el núcleo desde el cual se puede analizar y ejemplifica el esquema gubernamental de nuestro país. Es la institución en la que existe más proximidad entre gobierno, autoridades y población; por lo cual es imprescindible su correcto funcionamiento en la administración para alcanzar y lograr un ambiente de estabilidad social.

Pero ¿cómo apreciar y constatar la afirmación anterior? En este trabajo se optó por tratar el tema de la salud y del derecho a la protección a la salud, algo indiscutiblemente imprescindible en nuestra sociedad, tópico de gran interés para el gobierno tanto a nivel federal, estatal como municipal.

Mediante el programa «Municipio Saludable» y con la participación de la Red Neolonesa de Municipios Saludables, se pudo apreciar la importancia de la colaboración entre las autoridades y la población en los tres niveles y como, mediante el trabajo en conjunto, es posible lograr avances y alcanzar resultados positivos en el sector salud.

A pesar de que en términos generales el Estado de Nuevo León ha mantenido un desempeño aceptable en la ejecución de los programas de la Red Neolonesa de Municipios Saludables, cabe resaltar que el municipio de Santa Catarina ha sido el que ha sobresalido más en algunos de sus programas, gracias a su comité pro dinámico, llegando incluso a obtener importantes reconocimientos a nivel nacional. Por otro lado, también es importante mencionar que los municipios del sur del Estado no han registrado resultados completamente satisfactorios, debido quizá a su situación geográfica y la desigualdad de condiciones que existen en ellos en comparación con los municipios del área metropolitana.

Han sido veinte años de constante trabajo y de implementación de diversos proyectos, unos más exitosos que otros; sin embargo, aún falta mucho camino por recorrer. Todo este trabajo no ha sido en vano, ya que brinda perspectivas de nuevas áreas de oportunidad para mejorar e inspiración para nuevos proyectos.

Pero ¿qué es lo que sigue para este importante programa a corto y mediano plazo? Su continuidad en los diferentes municipios del Estado de Nuevo León y con toda seguridad seguirá obteniendo logros en pro de la salud de los habitantes de ellos.

Finalmente, se puede decir que a través de la política pública denominada *municipio saludable* se está cumpliendo con una parte importante de lo que es el derecho a la protección a la salud.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Ed. UNAM-Porrúa CNDH, 2009.

Carpizo Aguilar, Enrique, *El control constitucional y el convencional frente a la simple actividad protectora de los derechos humanos*, Coordinación Editorial Poder Judicial de la Federación, Monterrey, N.L., México, 2014.

Carpizo Aguilar, Enrique, *La defensa constitucional en México. Comentarios a la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Ed. Porrúa, México, 2011.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, España, Ed. Trotta, 1999.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, 8a. edición, México, 2012.

Leary, A. Virginia. «The Right to Health in International Human Rights Law». In *Health and Human Rights*, vol. 1, núm. 1.

Pérez Rincón, Socorro. Tello i Robira, Rosa. «¿Derecho a la vivienda?: Miradas críticas a las políticas de vivienda», [Jornadas sobre Políticas Públicas de Vivienda, Participación y Género que organizó en Barcelona, los días 13 y 14 de octubre de 2010].

Quintana Roldán, Carlos F. y Sabido Peniche, Norma D., *Derechos humanos*, 5a. ed., México, Porrúa, 2009.

Ríos Loera, Rosa María; Huerta Pérez, Lourdes. *Red Neolonesa de Municipios por la Salud*. Manual. Secretaría de Salud Nuevo León, 2012.

## LEGISLACIÓN

Congreso de la Unión, «Discusiones, dictámenes y declarativa final de la Ley General de Salud», noviembre 14, 15 y diciembre 26 de 1983.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917. Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada el 8 de febrero de 2012.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917. Diario Oficial de la Federación. Última reforma publicada el 23 de diciembre de 1999.

Constitución Política del Estado de Nuevo León 1917. Última reforma publicada el 1 de mayo de 2009.



Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 22 de julio de 1946, entró en vigor el 7 de abril de 1948, reformada por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984 y el 15 de septiembre de 2005.

Ley General de Salud, *Diario Oficial de la Federación*, de fecha febrero 7 de 1984 y última reforma publicada el 7 de junio de 2012.

Ley Estatal de Salud del Estado de Nuevo León. *Periódico Oficial del Estado*. Diciembre 12, 1988, última reforma publicada, diciembre 2009.

#### PÁGINAS DE INTERNET

Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 22 de julio de 1946, entró en vigor el 7 de abril de 1948, reformada por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, pág. 1. Disponible en Internet: [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf).

Gil Rendón, Raymundo, «Los derechos fundamentales y la impartición de justicia», *Derecho constitucional*, <http://www.tjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/losderechos-fundamentalesylaimparticiondejjusticia.pdf>.

Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de García Morente, Manuel, San Juan, Pedro M. Rosario Barbosa, 2007, pág. 41, [http://pmrb.net/books/kantfund/fund\\_metaf\\_costumbres\\_vD.pdf](http://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf).

Página Web Oficial del Municipio de Santa Catarina, Nuevo León. Administración 2012-2015.

<http://www.stacatarina.gob.mx/wsc1215/>.

Página Web Oficial del Municipio de García, Nuevo León.

Administración 2012-2015.

<http://garcia.gob.mx/>.

Página Web Oficial del Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León. Administración 2012-2015.

<http://www.sanpedro.gob.mx/portal.asp>.

# RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL. VISIÓN COMPARATISTA

Por *GUSTAVO QUINTERO NAVAS* \*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Presupuesto de responsabilidad: el municipio, en tanto integrante del Estado, es responsable por los daños que ocasione. III. Diferencias entre modelos de organización del Estado y su incidencia en los regímenes de responsabilidad municipal. IV. La concurrencia de administraciones públicas responsables. V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN

El capítulo que se nos ha propuesto en este escrito presenta una interesante combinación entre dos temas de constante estudio en el derecho administrativo. Por un lado, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública —o de las administraciones públicas, como lo plantea la doctrina española— como principio fundador del derecho administrativo que conocemos hoy en día. Por el otro, la organización administrativa del Estado y el municipio como su entidad administrativa básica a nivel local. El título nos sugiere entonces desarrollar las particularidades de la responsabilidad estatal en el ámbito municipal.

Por la extensión del tema, y las diversas tendencias que cada nación adopta, nos permitiremos hacer una exposición apenas general a través de algunos ejemplos concretos. Asimismo, haremos referencia casi exclusiva a la responsabilidad extracontractual.

Eso sí, podemos anticipar que, en general, el régimen de responsabilidad de las entidades territoriales no alberga la inmunidad del consabido principio de responsabilidad de las entidades públicas que, en el desempeño de sus actividades, ocasionen un daño a otra persona. Abandonados en la actualidad los pretéritos criterios de irresponsabilidad de las personas jurídicas públicas, es indudable que las administraciones municipales no escapan a la mencionada máxima, aun cuando de ellas se predique cierto grado de autogobierno e independencia del Estado central.

---

\* Abogado de la Universidad Santo Tomás. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Magíster (D. E. A.) y doctor en Derecho Público Interno de la Universidad de Nantes (Francia). Profesor asociado de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). El autor agradece la valiosa colaboración del abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Sebastián Camilo Moreno Guerrero, en esta investigación.

Otro asunto relacionado, mas no igual, es que en determinados ordenamientos jurídicos existan cambios sustanciales entre la forma como responden las administraciones municipales, o los regímenes aplicables. Así, por ejemplo, en un mismo Estado pueden coexistir regímenes municipales en los que se disponga la responsabilidad objetiva de las entidades públicas con otros que consagran en su jurisdicción la responsabilidad basada exclusivamente en la culpa, conforme a sus respectivos códigos civiles. Los regímenes más sobresalientes en este sentido son aquellos que adoptan el modelo federal de organización del territorio, de los cuales expondremos algunos ejemplos en renglones posteriores.

Dentro de algunos ejemplos, mencionaremos los criterios aplicados en materia de concurrencia de entidades responsables, enfatizando aquellos en los que confluyan el municipio y otros niveles estatales diferentes a este (provincia, departamento, nación).

## **II. PRESUPUESTO DE RESPONSABILIDAD: EL MUNICIPIO, EN TANTO INTEGRANTE DEL ESTADO, ES RESPONSABLE POR LOS DAÑOS QUE OCASIONE**

Para empezar, en los ordenamientos donde el municipio existe, este es entendido como la célula del poder público, como la entidad territorial básica de la administración pública, y cauce de la participación ciudadana en los asuntos públicos,<sup>1</sup> ubicada y justificada necesariamente dentro de la estructura del Estado.

Según el profesor español Parejo Alfonso:

El municipio, en tanto que instancia territorial siempre de un determinado Estado, se inscribe necesariamente en el orden constitucional que define a este. Es así, al igual que el Estado como un todo, necesaria y simultáneamente organización para la toma de decisiones, es decir, poder público, concretamente un poder público más en el conjunto de los integrantes de la estructura estatal, y ordenamiento jurídico, lo que vale decir, conjunto de decisiones formalizadas en reglas jurídicas trabadas entre sí en un verdadero sistema.

En cuanto poder público se ofrece, por ello mismo, como limitado, en el sentido de no autosuficiente; creado, sostenido y determinado por el orden constitucional; parte de un marco más amplio y referido a un espacio decisional acotado.<sup>2</sup>

La existencia de municipios en nuestros ordenamientos jurídicos se explica bajo una finalidad específica: responder primordial e inmediatamente a las necesidades fundamen-

<sup>1</sup> Parejo Alfonso, Luciano. *Lecciones de derecho administrativo*. Tercera edición. Tirant lo Blanch. Universidad Externado de Colombia. Madrid-Bogotá. 2011, p. 240.

<sup>2</sup> Parejo Alfonso, Luciano. «El municipio y su autonomía». En *Revista Española de Administración Local y Autonómica*. Núm. 288. INAP. Madrid., 2002, p. 133.

tales de la comunidad.<sup>3</sup> Así lo expresó el autor clásico Tocqueville, en criterio retomado por Morand-Deviller respecto de la comuna francesa:

Las instituciones comunales son con respecto a la libertad lo que las escuelas primarias son con relación a la ciencia; ellas la ponen al alcance del pueblo; ellas le hacen saborear el uso pasible y lo habitúan a servirse de él. Sin instituciones comunales una nación puede darse un gobierno libre, pero ella no tiene el espíritu de la libertad.<sup>4</sup>

Si los municipios necesariamente se entienden incorporados al Estado que los cohesiona, y si su finalidad obedece a la satisfacción primaria de los derechos y libertades esenciales de quienes lo habitan, sería contraproducente sostener que la responsabilidad patrimonial municipal difiera en sus fundamentos esenciales a la del sector central. O peor aún, que la distinción nación-municipio se convierta en intersticio de irresponsabilidad. En efecto, de la existencia de un sistema efectivo de responsabilidad del Estado (incluyendo al municipio) depende buena parte de la protección de los derechos y las libertades de los administrados. Como bien lo puntualiza la doctrina argentina:

El Estado de derecho supone la sujeción del aparato estatal a ciertas reglas de juego que, por darle previsibilidad, definen un ambiente de mayor libertad para el desarrollo personal y social de los administrados. Solo con la consolidación de un sistema de responsabilidad patrimonial efectivo podrá darse contenido verdadero a la afirmación antes delineada. Serán los mecanismos y criterios de reparación del daño que el Estado produzca por su accionar los que definan, en parte, el alcance de las libertades y los derechos de las personas que con él interactúan, desde una sujeción que no les resulta disponible.<sup>5</sup>

No cabe duda que la responsabilidad de la administración municipal, como la de todos los componentes del Estado, encuentra su razón de ser en la protección del ciudadano.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-802 del 2 de octubre de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>4</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1835, primera parte, cap. V. Citado en: Morand-Deviller, Jacqueline. *Curso de derecho administrativo*. Zoraida Rincón Ardila y Juan Carlos Peláez Gutiérrez (traductores al español). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010, p. 179.

<sup>5</sup> García Sanz. Agustín. «Límites a la responsabilidad del Estado: en busca del equilibrio». En Hutchinson, Tomás. *Elementos de derecho administrativo*. Primera edición. Segunda reimpresión. La Ley. Buenos Aires. 2010, p. 234.

<sup>6</sup> «Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y este sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización». (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Así se considere que su fundamento sea la antijuridicidad del daño<sup>7</sup> o el quebranto al principio de igualdad,<sup>8</sup> su objetivo es el mismo: la salvaguarda de quien resulta damnificado por el actuar de la Administración.

### III. DIFERENCIAS ENTRE MODELOS DE ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y SU INCIDENCIA EN LOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD MUNICIPAL

No obstante, en los ordenamientos jurídicos en donde se contempla la figura del municipio varía la forma como conciben la responsabilidad patrimonial del municipio. Ello depende de si en ellos se encuentra expresada una cláusula universal de responsabilidad, o si, por el contrario, coinciden en una misma nación varios fundamentos de responsabilidad, con sus particularidades.

En principio, puede formularse esta serie de distinciones a partir de la clásica diferencia en la organización territorial del Estado entre los modelos unitario y federal. Sin embargo, al decir de la doctrina francesa, estas formas de concepción del aparato estatal poseen «variantes frecuentemente complejas, las cuales, aun cuando pertenecen a dos tipos diferentes, no está lejos unas de otras, tal como se podría pensar».<sup>9</sup>

Sin demeritar la construcción de la responsabilidad municipal en otras latitudes, nos proponemos en esta ocasión revisar el tema en los siguientes países: Colombia, Chile, México, Estados Unidos y España; dejando para este último un acápite separado en virtud de su organización interna.

#### 3.1. La responsabilidad patrimonial del municipio en los estados unitarios

Recordemos que los Estados unitarios se caracterizan por la concentración del poder público en una exclusiva organización jurídica y política, de tal manera que sobre ella se acumulan todas las competencias estatales (administrativas, legislativas, judiciales, etc.). Claramente, esta situación hacía inadmisibile la repartición de estas facultades hacia otros estamentos, inexistentes en este modelo.<sup>10</sup>

Aun así, buena parte de los países que han adoptado esta vía, percatados de las dificultades de una administración centralizada para atender las exigencias locales, han matizado el Estado unitario puro a través de la descentralización territorial. Esto se ha hecho mediante la creación de colectividades territoriales (departamentos, provincias, comunas, municipios) dotadas de personería jurídica y «habilitadas para ad-

<sup>7</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 4ª ed. Civitas. Madrid. 1993, p. 372.

<sup>8</sup> Cassagne, Juan Carlos. *Derecho administrativo*. Novena edición. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Abeledo-Perrot. Colección Internacional no. 17. Bogotá-Buenos Aires. 2011, p. 472.

<sup>9</sup> Pactet, Pierre y Mélin-Soucramanien, Ferdinand. *Derecho constitucional* Corina Duque Ayala (trad.) Legis. Universidad Santo Tomás. Bogotá. 2011, p. 37.

<sup>10</sup> *Ibid.*

ministrarse ellas mismas en condiciones de relativa autonomía, con relación a los gobernantes y a los órganos centrales».<sup>11</sup>

En relación con nuestro tema de estudio, la característica común a estos Estados es que la regulación del régimen jurídico de la administración —en todos sus ámbitos— compete al órgano legislativo del orden nacional, y no a las instituciones deliberativas locales. Con otras palabras, al no poseer soberanía, los entes territoriales ven limitada su autonomía, en una clara superioridad de los principios del Estado unitario, para que sea el Congreso o el Parlamento el que expida la normativa rectora de las entidades públicas. Como ejemplos de esta tendencia, podemos exponer los siguientes países:

### a. Colombia

Según la Constitución Política de 1991 actualmente vigente, el Estado colombiano está «organizado de forma unitaria en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales» (artículo 1). Esto implica que en Colombia se reconocen, a nivel constitucional, de manera simultánea, el estado unitario, la descentralización territorial, y la autonomía de las entidades locales.<sup>12</sup>

Las diversas tensiones que se generan entre estos principios deben ser resueltas por el Legislativo (Congreso de la República) bajo criterios de *armonización y equilibrio*.<sup>13</sup> Un equilibrio que, en palabras de la Corte Constitucional colombiana, debe consagrar limitaciones recíprocas:

[...] la autonomía, por una parte, se encuentra limitada en primera instancia por el principio de unidad, en virtud del cual, debe existir una uniformidad legislativa en todo lo que tenga que ver con el interés general nacional, puesto que la naturaleza del Estado unitario presume la centralización política, *que exige unidad en todos los ramos de la legislación y en las decisiones de política que tengan vigencia para todo el territorio nacional, así como una administración de justicia común*. La unidad, a su vez, se encuentra limitada por el núcleo esencial de la autonomía territorial [...]. *Esta supone la capacidad de gestionar los intereses propios; es decir, la potestad de expedir una regulación particular para lo específico de cada localidad, dentro de los parámetros de un orden unificado por la ley general*.<sup>14</sup> (Las cursivas son nuestras).

El régimen unificado existente en Colombia determina que el Congreso sea el órgano encargado de fijar mediante leyes en «todos los ramos de la legislación», incluyendo el relacionado a la responsabilidad patrimonial de las entidades territoriales. Sin embargo, la labor del legislativo se ha caracterizado por ser deficiente, tímida e incompleta. Tímida, por el escaso tratamiento de la responsabilidad administrativa en pocos aspectos;

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>12</sup> Sobre el tema, enfocado hacia el régimen municipal colombiano, ver: Robledo Silva, Paula. *La autonomía municipal en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2010.

<sup>13</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-557 del 25 de julio de 2007. M.P. Jaime Araujo Rentería.

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 del 5 de junio de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

deficiente e incompleta porque, incluso, en estos regímenes legislativos, no se contempla la cobertura total de los perjuicios causados.<sup>15</sup> De allí que la construcción de la teoría de la responsabilidad del Estado en Colombia, así como en otras naciones, haya provenído fundamentalmente de la jurisprudencia.<sup>16</sup>

El referente normativo actual<sup>17</sup> en el Derecho colombiano, vinculante para todos los estatutos de la Administración, incluyendo los ordenamientos territoriales como autoridades públicas que son, es el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. La norma en comento estatuye, en su primer inciso: «El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas».

Este precepto consagra los elementos de la responsabilidad estatal: daño antijurídico e imputación; independientemente de si el hecho se produjo con una conducta por acción o por omisión de la entidad. Esta siempre será directa, sin perjuicio de las acciones derivadas de la responsabilidad del funcionario,<sup>18</sup> en particular, al ejercicio de la acción de repetición (de regreso), establecida en el inciso 2 del artículo citado.<sup>19</sup>

La jurisprudencia colombiana<sup>20</sup> ha considerado que esta norma constitucional cobija sus variantes contractual y extracontractual.<sup>21</sup> Así mismo, no establece privilegio alguno

<sup>15</sup> Quintero Navas, Gustavo. «Regímenes Especiales de Responsabilidad». En: Damnsky, Isaac Augusto, López Olvera, Miguel Alejandro, Rodríguez Rodríguez, Libardo (Coordinadores). *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*. Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México D. F., 2007, p. 455.

<sup>16</sup> Ver: Quintero Navas, Gustavo. «La Construcción de la Responsabilidad del Estado en Colombia: Entre la dualidad de jurisdicciones y la dualidad jurídica». En Alviar García, Helena. *Manual de Derecho Administrativo*. Universidad de los Andes. Temis. Bogotá. 2009, pp. 231-270.

<sup>17</sup> Durante la evolución del derecho de la Responsabilidad del Estado en Colombia, en buena parte del siglo xx, se discutió si el Estado debía responder por el hecho del agente de la Administración (responsabilidad indirecta) o sin intermediación alguna (responsabilidad directa). Igualmente se varió el fundamento normativo de la responsabilidad, pasando del Código Civil a las normas constitucionales, en periodos anteriores a la Constitución de 1991. Luego, entrado en vigencia el artículo 90 de la Carta Política actualmente vigente, fueron materia de debate el alcance de la expresión «daño antijurídico», entre otros temas.

Ver: (1) *Ibidem*. (2) Quintero Navas, Gustavo. «La teoría de la culpa en la Responsabilidad del Estado entre lo público y lo privado». En: Hernández-Mendible, Víctor. (coord.) *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*. Tomo I. Ediciones Paredes. Caracas. 2009, pp. 847-879. (3) Quintero-Navas, Gustavo. «Incidencias del Código de Napoleón en la adopción de un criterio de responsabilidad para las personas públicas en el derecho colombiano» En *Revista de Derecho Privado*. No. 33. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Diciembre de 2004, pp. 71-93. En página web: [http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri172.pdf](http://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri172.pdf) (Consultada el 13 de marzo de 2014).

<sup>18</sup> Sobre el tema, ver: Quintero Navas, Gustavo. «La responsabilidad civil de los funcionarios». En: Damnsky, López Olvera, Rodríguez. Ob. cit., pp. 443-453.

<sup>19</sup> «En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este».

<sup>20</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-333/96, ya citada.

<sup>21</sup> No obstante, compartimos el criterio expresado por el profesor Escobar GIL, cuando sostiene que en el derecho administrativo «no se presenta una regulación esencialmente diferente de estas figuras jurídicas, puesto que ambas se informan a partir de un fundamento común que permite construir un

entre la responsabilidad subjetiva (falla del servicio) y objetiva del Estado (daño especial, riesgo excepcional), dejando al análisis del caso concreto la aplicación de un régimen o de otro. En síntesis, el mencionado artículo 90 es la cláusula general de responsabilidad de la administración pública, insistimos, incluyendo la municipal.

## b. Chile

El Estado chileno es un Estado unitario, cuya administración pública «será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley», de acuerdo con el artículo 3 de la Constitución Política de 1980. En esa norma fundamental se consagra la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los siguientes términos: «Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos *o de las municipalidades*, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño» (artículo 38, inciso 2. Las cursivas son nuestras).

Como puede notarse, la norma constitucional chilena menciona explícitamente a las municipalidades. Cuestión que no es casual, sino que obedece a razones históricas: los inicios mismos de la aplicación del principio de responsabilidad en el municipio chileno se remontan a la época colonial, y ya en esos momentos se consideraba como un mecanismo de reclamo ante el ente local o el gobernante «contra sus omisiones y resoluciones ilegales cuando estas fueren de carácter general».<sup>22</sup> Según lo explica la doctrina de dicha nación: «El principio tradicional en lo relativo a la responsabilidad civil ha sido, desde 1887, que toda persona agraviada por una resolución ilegal de la municipalidad, por actos o decretos ilegales cuando estas fueren de carácter general».<sup>23</sup>

En ese sentido, se entiende por qué las leyes chilenas no se conformaron con la consagración constitucional del principio de responsabilidad. Por el contrario, lo consolidaron a partir de las normas especiales de los municipios, cuestión diferente a la del derecho colombiano:

Artículo 4.- El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.

---

sistema unitario por la referencia a principios jurídicos unitarios. En nuestro ordenamiento jurídico se puede afirmar la existencia de un supraconcepto de responsabilidad civil, como categoría jurídica unitaria, que informa las distintas modalidades de reparación de los daños antijurídicos, en especial, de los que se puedan imputar a la acción u omisión del Estado, que se estructuran en unos principios jurídicos idénticos y tienen un fundamento común y una misma función de garantía del patrimonio de los administrados» (Escobar Gil, Rodrigo. *Teoría general de los contratos de la Administración Pública*. 1ª ed. Legis. Bogotá, 1999, p. 505).

<sup>22</sup> Valdebenito Infante, Alfonso. «Evolución jurídica del Régimen Municipal de Chile (1541-1971)», Editorial Jurídica de Chile, 1973, p. 205. Citado por: Huidobro Salas, Ramón. «Aproximación a la Responsabilidad Extracontractual en el ámbito municipal». En: *Derecho Administrativo 120 años de Cátedra*. Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 393. Disponible en página web: [https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/D123D0605/4/material\\_docente/objeto/322157](https://www.u-cursos.cl/derecho/2010/2/D123D0605/4/material_docente/objeto/322157) (Consultada el 13 de marzo de 2014).

<sup>23</sup> *Ibíd.*



[...]

Artículo 42.- Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal. (Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado).

Artículo 152.- Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los daños que causen, la que procederá *principalmente* por falta de servicio.

No obstante, las municipalidades tendrán derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal. (Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Las cursivas son nuestras).

En síntesis, en el derecho chileno también se aplica la premisa que sentamos en un comienzo: «La Administración Municipal forma parte integrante de la Administración del Estado, constatación de la cual se desprende que a ella le son plenamente aplicables los principios generales que la rigen, entre ellos el de responsabilidad»<sup>24</sup>.

A partir de las normas citadas, en el ámbito chileno se discute aún sobre si la responsabilidad solo cabe formularse en el ámbito de la falla del servicio, o si por el contrario, puede abrirse campo al régimen objetivo que prescinde de la falta como elemento de la responsabilidad. Al respecto, compartimos el pensamiento del profesor Huidobro Salas:

Estas normas consagran la responsabilidad extracontractual de las municipalidades, fundándola en la lesión antijurídica causada a una persona o a sus bienes por el desarrollo de la función municipal, sea esta acción u omisión, lícita o ilícita, con falta o sin falta de servicio.

Desde esa perspectiva, la lesión antijurídica implica que exista un acto, una omisión de origen municipal, emanado de un órgano de la administración local que cause daño y que el particular dañado no esté jurídicamente obligado a soportarlo. Esta extensión del principio de responsabilidad aparece desde la propia expresión de la norma que lo contiene, pues al señalar que las municipalidades responden principalmente por falta de servicio, no excluye otras formas de responsabilidad objetiva, sino que precisamente las incluye. En efecto, esta redacción de la ley municipal es diferente a la contenida en el actual 42 de la Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado que no incluye en su texto la expresión «principalmente» [...].

En síntesis, hoy podemos distinguir los siguientes supuestos para la existencia de responsabilidad extracontractual municipal:

Que exista un acto u omisión, legal o ilegal.

Que exista un daño a una persona o sus bienes

Que exista una relación causal entre el acto u omisión y el daño producido

Que esta persona dañada no esté jurídicamente obligada a soportar ese daño (antijuridicidad).<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Huidobro. Ob. cit. p. 397.

<sup>25</sup> *Ibíd.* p. 397.

### 3.2. La responsabilidad municipal en los Estados federales: México y Estados Unidos

El modelo federal se contrapone al unitario, básicamente a partir de dos características<sup>26</sup>:

a) La existencia de un Estado compuesto por Estados miembros que ejercen un grado de *soberanía parcial*<sup>27</sup> dentro de su ámbito de competencia, cuya concesión debe encontrarse expresada en la Constitución Federal.

b) La consagración de competencias jurídicas que escapan al control de la Federación.<sup>28</sup> Dependiendo de la Carta Federal, estas facultades pueden abarcar funciones constituyentes, legislativas, judiciales y administrativas.

En el contexto de la responsabilidad de la Administración, el modelo federal permite que cada Estado miembro fije los supuestos de la responsabilidad patrimonial, en uso de las competencias atribuidas por el texto fundamental. En palabras de Jiménez Dorantes y Mérida García:

La diversidad de centros de decisión con poder constituyente propio excluye la posibilidad de que la Federación regula exhaustivamente el régimen administrativo, ya que —evidentemente— estaría trasgrediendo la regulación federal en la materia, aplicable únicamente a los órganos federales que lleven a cabo actividad administrativa, y cada una de las regulaciones de las entidades federativas, que según la misma Constitución se encargan del régimen municipal respectivo.<sup>29</sup>

Dentro de esta modalidad de responsabilidad patrimonial municipal se ubican:

#### a. México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada el 14 de junio de 2002, en lo concerniente a nuestro tema, dispone en su artículo 113:

Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para aplicarlas. Dichas sanciones, además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión, destitución e inhabi-

<sup>26</sup> Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas*, 8ª ed. Legis. Bogotá. 1999, p. 202-204. *La región en la organización territorial del Estado*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2001, pp. 22-25.

<sup>27</sup> Vidal. *La región...* Ob. cit. p. 22.

<sup>28</sup> Pactet y Mélin-Soucramanien. Ob. cit. p. 43.

<sup>29</sup> Jiménez Dorantes, Manuel y Mérida García, Francisco. «Notas esenciales de la Responsabilidad Patrimonial Municipal en México» En Damnsky, López Olvera, Rodríguez (coord.) *Estudios sobre la Responsabilidad del Estado...* Ob. cit. p. 568.

litación, así como en sanciones económicas y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados.

*La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes* (Las cursivas son nuestras).

El mismo texto fundamental estableció, como artículo transitorio, la obligación para «la Federación, las entidades federativas y los municipios de expedir las leyes o realizar las modificaciones necesarias [...] a fin de proveer el debido cumplimiento» del precepto arriba citado, incluyendo «en sus respectivos presupuestos, una partida para hacer frente a su responsabilidad patrimonial».

Al juzgar por la fecha de expedición, la normativa constitucional de la responsabilidad patrimonial es muy reciente. De acuerdo con la expresión doctrinaria, llegar a este punto de regulación ha sido *tortuoso y tardío*.<sup>30</sup> En ese sentido, el connotado jurista Fraga<sup>31</sup> anotaba la necesidad de reformar el sistema jurídico de su país, que por entonces se regía por el Código Civil federal (art. 1928), indicando la responsabilidad subsidiaria y subjetiva del Estado.

Ya en el contexto normativo actual, la Carta Política mexicana le permite a cada entidad federativa la adopción de su propia regulación en la materia. Quiere ello decir que en este caso «se regula, por un lado, la responsabilidad patrimonial de la Federación y, por el otro, la responsabilidad patrimonial de las entidades federativas y sus respectivos municipios».<sup>32</sup>

Además del precepto constitucional, para los órganos del Estado Federal mexicano se encuentra contemplada su responsabilidad patrimonial en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, expedida el 31 de diciembre de 2004.

Sumadas a las características de tratarse de una responsabilidad objetiva y directa (aportadas ya desde la Constitución), la Ley Federal cubre «toda la actividad administrativa irregular del Estado, sea de carácter jurídico o puramente fáctico, tanto por acción

<sup>30</sup> Pérez López, Miguel. «La Responsabilidad Patrimonial del Estado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos». En internet: <http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/laresponsabilidadpatrimonial.pdf> (consultada el 13 de marzo de 2014)

<sup>31</sup> «Por nuestra parte, pensamos que, tal como dijimos, se hace cada día más urgente organizar un sistema de responsabilidad del Estado, existiendo ya una gran experiencia en otros países que, con las debidas adaptaciones y limitaciones puede ser una guía para determinar los casos de responsabilidad por falta o sin falta personal del empleado, los de responsabilidad por falta o sin falta en el servicio y la responsabilidad por riesgos que crea el funcionamiento normal de la Administración» (Gabino Fraga, *Derecho administrativo*. Décima cuarta edición Porrúa. México D. F., 1996, p. 422.)

<sup>32</sup> Jimenez Dorantes-Mérida García. Ob. cit. p. 567.

como por omisión».<sup>33</sup> Igualmente, establece como sujetos de la misma a todos los poderes públicos federales. Se trata, por disposición expresa, de una ley de carácter supletorio respecto de otras leyes que consagren regímenes especiales de responsabilidad. Asimismo, establece el principio de «indemnización integral», aunque establece una serie de limitaciones en los recursos destinados a cubrir las reparaciones por los daños ocasionados.<sup>34</sup>

Sin embargo, como ya se anotó, las situaciones de los municipios dependen de la legislación que adopte cada entidad federativa. Existen Estados en donde no se ha legislado sobre el tema, por lo que el régimen jurídico de la responsabilidad estatal es el del respectivo Código Civil: responsabilidad subsidiaria y mediando el dolo o la culpa de la Administración. Según Tomás Ruiz Pérez, hasta 2010, esta situación se predicaba en dieciséis estados de la Unión Mexicana.<sup>35</sup>

Siguiendo con los datos que aporta el mencionado autor, existen otros Estados que regulan de manera parcial la materia, tal estado de cosas ocurre, de acuerdo con Pérez, en cinco estados.<sup>36</sup> Mientras que en otros once estados<sup>37</sup> se han proferido sendas leyes de responsabilidad patrimonial, con algunas diferencias entre sí en materia de procedimiento previo, acción de repetición, y régimen de responsabilidad de los poderes judicial y legislativo, que siguen las previsiones del respectivo Código Civil.

A pesar del complejo sistema que apenas hemos descrito, la responsabilidad municipal en México, en líneas generales, posee estos lineamientos, de acuerdo con Jiménez Dorantes y Mérida García:<sup>38</sup>

— Se impone al municipio la obligación de fijar, en su presupuesto de egresos, una partida para cubrir las condenas por responsabilidad patrimonial.

<sup>33</sup> Castro Estrada, Álvaro. «La Responsabilidad Patrimonial del Estado en México. Fundamento Constitucional y Legislativo». En: Damsky, López Olvera, Rodríguez. Ob. cit. p. 554. Pág. Web: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2499/28.pdf> (Consultada el 13-marzo-2014).

<sup>34</sup> «La suma total de los recursos comprendidos en los respectivos presupuestos aprobados de los entes públicos federales, no podrá exceder del equivalente al 0.3 al millar del gasto programable del Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal correspondiente». (Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Artículo 6.2).

<sup>35</sup> «En los Estados de Coahuila, Aguascalientes, Michoacán, Chiapas, Hidalgo, Campeche, Oaxaca, Sonora, Tlaxcala, Quintana Roo, Puebla, Zacatecas, Guerrero, Morelos, Yucatán y Tabasco, no existen Leyes de Responsabilidad Patrimonial Estatal y tampoco una regulación parcial de la responsabilidad patrimonial de carácter objetiva y directa, subsistiendo en los Códigos Civiles Locales únicamente la responsabilidad patrimonial oficial de naturaleza subjetiva e indirecta, aun cuando con pequeñas diferencias» (Ruiz Pérez, Tomás. «Responsabilidad patrimonial de las entidades federativas y municipios». En: Revista Tribuna de lo Contencioso Administrativo. No. 9 y 10. Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Oaxaca. 2010, p. 14. Pág. Web: [http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/revista/revista%2010/01%20tomas\\_perez.pdf](http://www.tribunalcontenciosoax.gob.mx/revista/revista%2010/01%20tomas_perez.pdf) (Consulta: 13-marzo-2014).

<sup>36</sup> Sinaloa, Chihuahua, Estado de México, Nuevo León y Durango.

<sup>37</sup> Colima, Jalisco, Veracruz, San Luís Potosí, Guanajuato, Tamaulipas, Baja California Sur, Nayarit, Baja California, Distrito Federal y Querétaro.

<sup>38</sup> Ob. cit., pp. 570-573.

— En materia de indemnización del daño, se obliga al pago total de la obligación y en moneda nacional, a menos que se pacte otra cosa con el afectado.

— Existen dos vías para efectuar el reclamo: una, ante el municipio; dos, ante el tribunal contencioso administrativo correspondiente.

## b. Estados Unidos

Para no desviarnos de nuestro objeto de estudio, no aludiremos al rico y constantemente analizado régimen federal estadounidense. En vez de ello, proponemos ir directamente a las generalidades de una de las normas más importantes en materia de responsabilidad del Estado, se trata de la *Federal Torts Claims Act* (Ley Federal de Demandas por Daños o FTCA, por sus siglas en inglés) expedida en 1946. A pesar de que, como su nombre lo indica, es una norma aplicable a las entidades federales, su relevancia estriba en que el modelo allí consagrado ha sido adoptado por algunos Estados, a través de sus leyes,<sup>39</sup> sirviendo así de ejemplo para nuestros propósitos.

Parte de un principio amplio y general: los Estados Unidos de América responderá por las demandas por daños, «de la misma manera y con la misma extensión que una persona privada en las mismas circunstancias» (28 us Code § 2674).

De allí nace el polémico privilegio consignado en la doctrina de la inmunidad soberana (*sovereign immunity*). Este sostiene que un Estado soberano podrá ser demandado solo en el evento en que este haya dado su consentimiento en ser demandado, consentimiento que solo puede otorgar su órgano legislativo.<sup>40</sup> La FTCA funciona, en este contexto, como un puente que atraviesa el foso de la inmunidad soberana.<sup>41</sup>

Además, se exceptúan las reclamaciones «por un acto u omisión de un empleado que ha actuado con la debida prudencia en la ejecución de una ley o regulación aunque dicha ley o regulación resulte inválida»; «por cuestiones marítimas»; «por daños ocasionados por operaciones fiscales del tesoro o por las regulaciones del sistema monetario»; «por las actividades de combate de las fuerzas armadas en tiempos de guerra»; entre otras circunstancias.<sup>42</sup> De estas situaciones, se resaltan:

*Función o deber discrecional.* La norma mencionada exceptúa la responsabilidad derivada del ejercicio de un deber o función discrecional por parte del órgano gubernamental aunque exista abuso en la ejecución del correspondiente acto (28 us Code § 2680 a.).

<sup>39</sup> (1) Colautti, Carlos. *Responsabilidad del Estado. Problemas constitucionales*. Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires. 1995, p. 21. (2) Saavedra Becerra, Ramiro. *La Responsabilidad Extracontractual de la Administración Pública*, 1ª ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá. 2003, p. 56.

<sup>40</sup> FIGLEY, Paul. *Understanding the Federal Tort Claims Act: A Different Metaphor* En: *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal*. American Bar Association. 2009, p. 1107. Página web: [http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=facsch\\_lawrev](http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=facsch_lawrev) (Consultado el 14-marzo-2014)

<sup>41</sup> *Ibíd.* p. 1106.

<sup>42</sup> Colautti. *Ob. cit.* p. 23.

Para explicar el alcance que ha llegado a tener este aspecto, se suele invocar el fallo *Dalehite v. United States* de 1953, que trató sobre el incendio de un barco cargado de fertilizantes fabricados por el gobierno federal en un puerto de Texas, en el que murieron alrededor de 560 personas. Las conclusiones de la decisión resultan contundentes: «Los actos de los subordinados que llevan a cabo actividades del gobierno de acuerdo con las directivas oficiales no generan responsabilidad. [...] Cuando hay posibilidad de juzgar las políticas y las decisiones, hay discrecionalidad».<sup>43</sup>

Este fallo también introdujo en el derecho norteamericano la necesidad de identificar y diferenciar entre lo que se entiende por función *discrecional* y función *operacional*. Posteriormente, se mencionó en un fallo de 1988 que «solo aquellas actividades estatales y decisiones que estén basadas en consideraciones de servicio público (*public policy*) deben entenderse discrecionales».<sup>44</sup>

En ese sentido, en el caso *Harry Stoller and Co. v. City of Lowell* de la Corte Suprema de Massachusetts en 1992, se juzgó la responsabilidad de unos bomberos que no hicieron uso de un sistema aspersor para apagar el fuego que consumió el edificio de la parte demandante. La demandada se defendió argumentando que el no uso de ese mecanismo obedecía a una decisión discrecional. El fallo, aplicando la doctrina de las funciones discrecionales, y teniendo como factor su relación con la planificación o planteamiento de política del servicio público, argumentó:

Hay aspectos de la lucha contra incendios que pueden tener un obvio fundamento de planeación o de política. El número y la ubicación de las estaciones, la cantidad del equipo para adquirir, el tamaño del departamento de bomberos, el número y la localización de las bombas hidrantes y la cantidad del suministro de agua involucran consideraciones de política, especialmente en la adjudicación de recursos financieros. En ciertas situaciones, la lucha contra incendios implica decidir qué propiedades se pueden salvar porque los recursos disponibles para combatir la conflagración son o parecen ser insuficientes para salvar todos los bienes amenazados. En tales casos, las decisiones de política pueden estar relacionadas, y la aplicación de la excepción de «función discrecional» sería procedente.

El caso que nos ocupa es diferente. La conducta negligente que causó el fuego que afectó todos los edificios de la parte demandante no se basó en consideraciones de planificación o de política. La cuestión de si para poner mayor presión de agua en los sistemas de riego no implicaba ninguna opción política o una decisión de planificación. Los bomberos pudieron haber pensado que ellos tenían una elección discrecional sobre si se debía poner el agua [dentro] de los edificios a través de mangueras o a través del sistema de rociadores. Ciertamente, tenían discrecionalidad en el sentido de que ninguna ley, reglamento o práctica municipal establecida obliga a los bomberos a utilizar los aspersores (o, para el caso, utilizar exclusivamente mangueras). Pero cualquiera sea la discrecionalidad que tuvieran, esta no se basó en un criterio de política o de planeación.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> *Ibíd.* y Saavedra. Ob. cit. p. 53.

<sup>44</sup> Saavedra. Ob. cit. p. 54.

<sup>45</sup> Página web: <http://masscases.com/cases/sjc/412/412mass139.html> (Consultada el 15 de marzo de 2014).

*Debida prudencia.* Otra limitante importante en esta materia lo constituye la actuación del funcionario con debida diligencia, que se traduce en la irresponsabilidad de la administración cuando los agentes hayan producido un daño diligentemente. En este caso intermedian la culpa y el dolo, como factores de reproche subjetivo.<sup>46</sup>

Un caso emblemático en este punto fue el *DeLong v. Erie County* de la Suprema Corte de Apelaciones de Nueva York, del año 1982. El asunto versaba sobre una señora, Amalia DeLong, que llamó al número de emergencias del condado para reportar el ingreso de un ladrón a su vivienda. Quien atendió la llamada se equivocó en la dirección en donde se reportó la emergencia, y envió a la policía al lugar erróneo. Como consecuencia de su descuido, el ladrón ingresó al hogar de la denunciante y le propinó un ataque que condujo a su muerte. Las entidades denunciadas alegaron haber actuado en cumplimiento de su deber general de brindar protección policial a todos los habitantes del lugar.

Sin embargo, la Suprema Corte condenó a la entidad pública y determinó que la expresión del funcionario del 911 *Okay: right away* creó un deber especial, particular y voluntario de proteger a la señora DeLong del riesgo de ser víctima de un delito grave, conocido por la autoridad en la llamada. No se trataba entonces de «una mera falta de proporcionar una debida protección policial al público en general, sino un caso en que el municipio ha asumido el deber respecto de una persona en particular, que debe llevarse a cabo de manera no negligente».<sup>47</sup>

En lo que a las municipalidades concierne, también se partió del principio de inmunidad. Partamos de la base de que en Estados Unidos, las municipalidades poseen un carácter dual. Según el profesor Saavedra Becerra,

por una parte, son una rama del gobierno del Estado respectivo y de él derivan sus poderes y autoridad; por la otra son una especie de corporaciones muy similares a las privadas, cuyo objeto es la prestación de servicios públicos domiciliarios (agua, electricidad, aseo) y el sostenimiento de hospitales, escuelas, librerías, transporte público, entre otros.<sup>48</sup>

En el contexto del fallo *Russell v. Men of Devon* de 1788, las demandas solo eran procedentes en contra de la totalidad población masculina del lugar, no en contra de la entidad territorial, sobre la que cabía su absoluta irresponsabilidad. Ello, al no contarse con fondos comunes para indemnizar los daños.<sup>49</sup>

Con la evolución del pensamiento jurídico, ya en 1949 se variaba el pensamiento de la inmunidad absoluta, pero se mantenía respecto a ciertas actividades. En efecto, la responsabilidad de los municipios se sostenía en que estos entes eran responsables por

<sup>46</sup> Colautti, p. 23.

<sup>47</sup> Página web: <http://h2o.law.harvard.edu/cases/467> (consultada el 15 de marzo de 2014).

<sup>48</sup> Saavedra. Ob. cit. p. 57.

<sup>49</sup> Saavedra. Ob. cit. p. 58.

los daños cometidos por sus agentes en el desempeño de sus funciones, pero, en ausencia de norma aplicable, no eran responsables de los daños ocasionados por la realización de funciones administrativas.<sup>50</sup> Las críticas a esos resquicios de inmunidad también residen en la distinción entre los actos de autoridad y de gestión (*governmental acts* y *proprietary acts*), sustentada en el carácter dual de las municipalidades que anotábamos antes.

En los tiempos que corren, el pensamiento tiende a modificarse, eliminando aquellos resquicios de inmunidad patrimonial de la Administración. De esta forma sucedió en la decisión de la Corte Suprema de Pensilvania de 1973, sobre el caso *Ayala v. Philadelphia Board of Public Education*, en la que se juzgó el caso de un estudiante de 15 años de edad cuyo brazo quedó atrapado en una máquina trituradora durante una clase de tapicería.

Las consideraciones de este organismo judicial, que a nuestro criterio son ejemplarizantes, por cuanto invalidan la doctrina de la inmunidad estatal, las citamos en su extensión:

Aquí, hasta el presente recurso, hemos retenido la distinción arcaica y artificial entre una conducta dañosa surgida del ejercicio de una función operacional y una conducta dañosa proveniente del ejercicio de función gubernamental [...].

Hoy concluimos que no hay existe ninguna razón para continuar adhiriéndonos a la doctrina de la inmunidad de las autoridades. Cualquiera que haya sido la base para la creación de la doctrina, es claro que en la actualidad no hay consideraciones de orden público que justifiquen su retención.

La inmunidad de las autoridades no puede continuar siendo considerada como «una masa amorfa de lenguaje engorroso sobre soberanía». Como otro Tribunal lo ha señalado: «Es casi increíble que en esta era moderna de la iluminación sociológica, y en una república, el absolutismo medieval [...] implícito en la máxima: “El Rey no puede equivocarse” (*The King can do not wrong*) pudiera eximir a las diversas ramas de la administración de la responsabilidad por sus actos ilícitos, y que toda la carga de los daños resultantes de los actos ilícitos del gobierno debe ser impuesta sobre el individuo único que sufre la lesión, en lugar de distribuirse entre toda la comunidad que constituye el gobierno, en el que podría protegerse a cualquier individuo sin ninguna dificultad, y es a donde justamente pertenece». *Barker v. City of Santa Fe*, 47 N.M. 85, 136 P.2d 480, 482.

También rechazamos la aprensión de la litigiosidad excesiva como una justificación para la doctrina de la inmunidad. Empíricamente, no hay nada que sustente la preocupación de que los tribunales se inunden con reclamaciones si la doctrina es abandonada.

Igualmente inconvincente es el argumento utilizado en *Russell v. Men of Devon* [...] según el cual la inmunidad se requiere porque la carencia de fondos de las unidades con los cuales pagar las indemnizaciones. Se afirma que los recursos podrían ser desviados al pago de indemnizaciones, y que el desempeño de las funciones propiamente públicas se vería obstruido. Inicialmente, advertimos nuestro disenso con la asunción de que el pago de perjuicios no es una función pública propiamente dicha.

---

<sup>50</sup> Smith, Allan. *Municipal Tort Liability*. En: *Michigan Law Review*, Vol. 48, No. 1 (Nov., 1949), pp. 41-56.



Adicionalmente, la experiencia no sostiene el temor de que las funciones públicas se vean recortadas como consecuencia de la responsabilidad por las conductas ilícitas.

Así, debemos coincidir con el Presidente Traynor de la Corte Suprema de California, según el cual «la regla de la inmunidad gubernamental es un anacronismo, sin bases racionales, y que ha existido solamente por la fuerza de la inercia» (Muskopf v. Corning Hospital District, supra 55 Cal.2d at 216, 11 Cal. Rptr. at 92, 359 P.2d at 460.) Además, la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión «es probablemente una de las más insatisfactorias conocidas por el derecho, por esta se ha generado confusión no solo entre las varias jurisdicciones pero casi siempre entre cada jurisdicción» (Davis, Administrative Law Treatise §25.07 at 460 (1958).

La imposición de la responsabilidad patrimonial será, por lo tanto, más sensible a los conceptos actuales de la justicia. Las reclamaciones serán tratadas como un costo de la Administración y las pérdidas se repartirán entre todos los beneficiados por la acción de la autoridad.

Por otra parte, «donde la inmunidad de la autoridad ha tenido el efecto de fomentar la laxitud y el desconocimiento del daño potencial, la exposición de la autoridad a la responsabilidad por los daños tendrá el efecto de aumentar la atención de la entidad y la preocupación por el bienestar de aquellos que podrían ser perjudicados por sus acciones».<sup>51</sup>

En conclusión, el sistema estadounidense de reparación de los daños ocasionados por las entidades estatales, particularmente de los municipios, mantiene ciertos espacios de inmunidad, fundamentados en la ley federal. Sin embargo, existen tantas regulaciones como estados federados, y la controversia suscitada en la academia como en algún sector de la jurisprudencia sobre las doctrinas establecidas que fundamentan estos escenarios de irresponsabilidad es constante.

### 3.3. La responsabilidad municipal en el régimen jurídico español

Referirse al régimen de responsabilidad municipal español, en líneas breves, impone hacerlo de manera separada a la que hemos venido tratándolo hasta este punto del escrito. Fundamentalmente, porque la adopción de un «Estado autonómico» es indefinible bajo los parámetros de la dicotomía federalismo-centralismo, e incluso inclasificable con el rótulo de «Estado regional».<sup>52</sup> Ello ha dado lugar a intensos debates doctrinarios que, por razones de espacio, tema y brevedad, no podremos tratar a profundidad en esta ocasión.

<sup>51</sup> Miller, Nelson, et al. *The practice of Tort Law* 3ª ed. Vandepias. 2012, pp. 506-507.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, Meilan Gil asegura que la naturaleza del Estado autonómico, como Estado compuesto, influye decisivamente en el tradicional planteamiento de la Administración Local. El Estado autonómico no es reconducible al Estado federal ni al Estado regional. En aquellos (Estados Unidos, Alemania) por lo que se refiere a este punto, el «régimen local» es competencia de los Estados; en el segundo (Italia) el Estado conserva amplios poderes sobre los entes locales. (Meilan Gil, José Luis. «La administración Pública a partir de la Constitución Española de 1978» (1). En: Revista Española de Derecho Constitucional. No. 47. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. Mayo-Agosto de 1996, p. 64)

No obstante, cuando hablamos del ordenamiento territorial ibérico, nos encontramos ante una organización compleja. Aun así, comparte con ambos modelos que, acorde a las circunstancias políticas e históricas del país, constituye una forma de *caminar hacia la unidad*.<sup>53</sup> Respecto del caso español, nos explica Meilan Gil:

La unidad del Estado se consigue a través de una articulación de las partes que componen el sistema, para lo que el legislador ordinario ha de prever fórmulas y cauces de relación que realicen el principio constitucional de eficacia, sin merma de la autonomía de los respectivos entes.

Esa articulación de ordenamientos jurídicos que se corresponde con un «poli-centrismo de las fuentes del Derecho» se manifiesta en la distribución de competencias de acuerdo con el bloque constitucional, formado por la Constitución y los Estatutos de cada Comunidad Autónoma. El complicado esquema de tal distribución, sobre el que se ha pronunciado en numerosas ocasiones el TC al resolver otros tantos asuntos a él planteados, descansa en la distinción —no siempre clara— de competencias exclusivas del Estado, competencias concurrentes y competencias exclusivas de las CC. AA., en el bien entendido de que la jurisprudencia del TC ha configurado como exclusivas del Estado y de las CC. AA. las competencias que al primero corresponden sobre las bases de una materia y las que a las segundas corresponden sobre desarrollo legislativo y ejecución.<sup>54</sup>

Ahora bien, al observar el artículo 149-18 de la Constitución de 1978, en materia de responsabilidad se radica la competencia normativa exclusiva del Estado frente a la responsabilidad de las administraciones públicas; esto es, frente a todas aquellas entidades titulares de relaciones jurídico-administrativas, dotadas de personalidad jurídica independiente, existentes en el sistema español.<sup>55</sup> Veamos:

18.<sup>a</sup> Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y *el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas* (Las cursivas son nuestras).

Con este precepto, nos explican García de Enterría y Fernández, se asegura «la unidad de régimen en todos los órdenes administrativos», en concordancia con la visión moderna del derecho estatal de daños. Explican los autores, entonces, que «el eje en torno al cual se articula el instituto resarcitorio viene definido por la exigencia de proteger el patrimonio

<sup>53</sup> Garrido Falla, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. Undécima edición. Vol. 1. Parte general. Tecnos. Madrid. 1989, p. 270.

<sup>54</sup> Meilan. Ob. cit., p. 65.

<sup>55</sup> García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón. Ob. cit. p., 35.

de los ciudadanos, protección que no puede diferir en extensión o intensidad según el tipo de ente público a quien deba imputarse la lesión resarcible».<sup>56</sup>

La terminología de la norma citada, en palabras de González Pérez «no deja lugar a dudas. En materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas una legislación única —la estatal— regirá en todo el territorio nacional».<sup>57</sup>

Visto de esta manera, el texto constitucional español en materia de responsabilidad patrimonial no presenta las problemáticas que, en otras materias, existe en materia de distribución de competencias normativas entre el Estado central y las entidades locales (comunidades autonómicas, sobre todo). En efecto, respecto del derecho de daños aplicable a los municipios, opera en estos tiempos<sup>58</sup> una cláusula general de responsabilidad patrimonial, universal en todos los órdenes: la derivada del artículo 106.2 del Texto Fundamental español, así como de sus normas complementarias.<sup>59</sup> Según esa disposición: «2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

A pesar de la actividad legislativa, en el que el régimen jurídico español de la responsabilidad del Estado ofrece un «sistema sencillo, avanzado y generoso», resulta inevitablemente casuístico; y en ocasiones, inseguro.<sup>60</sup> Ello explica la intensa y constante discusión doctrinaria sobre los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública,<sup>61</sup> cuyo desarrollo no acometeremos en esta ocasión. No

<sup>56</sup> García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomas-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo II. Cuarta edición. Civitas. Madrid. 1993, p. 370.

<sup>57</sup> González Pérez, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas* 2ª ed. Civitas. Madrid.

<sup>58</sup> Un recuento completo sobre los antecedentes del régimen actual de responsabilidad aplicable a los municipios puede consultarse en: Martín Rebollo, Luis. «La responsabilidad patrimonial de la administración local» En: Muñoz Machado, Santiago (Dir.) *Tratado de derecho municipal*. Tomo I. Cap. XV. Instel. Madrid. 2011.

<sup>59</sup> Ley 30 del 26 de noviembre de 1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Artículos 139 y siguientes. Modificado por la Ley 4 del 13 de enero de 1999.

<sup>60</sup> Martín Rebollo, Luis. «Ayer y Hoy de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración: Un balance y tres reflexiones» En: *Revista de Administración Pública*. No. 150. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1999, p. 345. El mismo autor reflexiona sobre el sistema de responsabilidad estatal en los siguientes términos: «En todo caso, hay una sensación de desbordamiento. Una sensación, curiosamente, no avalada por datos fiables —que no existen o, si existen, no son conocidos—. Lo que está sucediendo, pues, más que una reflexión que traiga causa de un planteamiento teórico y doctrinal previamente asumido, es la manifestación de esa vaga e imprecisa sensación de insatisfacción derivada del casuismo, de los bandazos jurisprudenciales, de las argumentaciones contradictorias, de algunos supuestos especialmente significativos, de ciertos excesos también, de los cambios en el papel de la Administración y de la inseguridad que todo ello produce; inseguridad que proporciona una cierta impresión de vacío, al que tiene horror siempre el jurista» (Ibíd. p. 327)

<sup>61</sup> Ver Mir Puigpelat, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*, Civitas. Madrid. 2002.

obstante, la doctrina ibérica ha caracterizado, a pesar de las controversias, su sistema resarcitorio en los siguientes puntos:<sup>62</sup>

- Es un sistema de derecho público.
- Es un sistema unitario, aplicable a todas las administraciones públicas.
- Es un régimen con alcance general, que abarca toda la actividad de la administración, normativas o no, jurídicas o inmateriales, por acción, omisión o inactividad.
- La Administración responde de manera directa, no necesariamente subsidiaria de la actividad de sus agentes.
- Establece una responsabilidad de carácter objetivo, esto es, que prescinde del factor «culpa» para determinar la obligación de reparar, más no la consagra en todos los casos.
- Existe unidad jurisdiccional en cabeza de los jueces contencioso-administrativos para conocer esta clase de controversias.

#### IV. LA CONCURRENCIA DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS RESPONSABLES

En la actualidad, las competencias administrativas municipales, lejos de disminuirse o de vaciarse, se multiplican al ritmo de la transformación de las necesidades del ciudadano, de su constante aumento y de su perentoria satisfacción; razón de ser de todo el aparato estatal. Lo anterior, en relación con nuestro tema de estudio, influye en que pueden coincidir dos o más entidades públicas, de distintos niveles. Así lo ha explicado el profesor Muñoz Machado: «La introducción masiva de técnicas de participación en la adopción de decisiones en lugar de la fórmula de la exclusividad de la competencia o de la responsabilidad de gestión, multiplica los ejemplos de concurrencia posible de varias administraciones en la producción de daños».<sup>63</sup>

En ese orden de ideas, la descentralización territorial de la que hace parte el municipio conduce a que se dividan y repartan competencias con la expresa finalidad de potenciar la eficacia, logrando la correcta prestación de los servicios a cargo del Estado. Objetivo hacia el que también apunta, hay que decirlo, la institución de la responsabilidad.<sup>64</sup>

De allí que el tema de la concurrencia en la responsabilidad de las administraciones públicas se haya convertido en un aspecto de importancia en los Estados, cuya organización interna y su distribución de competencias y facultades en el cumplimiento de sus deberes jurídicamente exigibles es compleja. Miremos algunos ejemplos:

<sup>62</sup> Ver: (1) Martín Rebollo. *La responsabilidad...*, Ob. cit. (2) Leguina Villa. Jesús «La Responsabilidad del Estado y de las Entidades Públicas Regionales o Locales por los daños causados por sus agentes o por sus servicios administrativos». En *Revista de Administración Pública*. No. 92. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1980. (3) Parejo Alfonso. *Lecciones...* Ob. cit. p.736-737.

<sup>63</sup> Muñoz Machado. *La responsabilidad civil concurrente de las administraciones públicas* 2ª ed. Civitas. Madrid. 1998, p. 48.

<sup>64</sup> Martín Rebollo. «La responsabilidad...». Ob. cit.

## a. España

En España, el tema se halla regulado por la Ley 30 de 1992 (Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas), en su artículo 140, modificada por la Ley 4ª de 1999. La norma en comento dispone:

Artículo 140. Responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas.

1. Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

2. En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

Como anota Parejo Alfonso, el precepto traído a colación consagra la regla general de la solidaridad, de tal suerte que el afectado puede demandar indistintamente a cualquiera de las administraciones involucradas para perseguir la indemnización del daño. No obstante, señala el indicado autor, que esta premisa opera bajo la hipótesis de la actuación conjunta de varias administraciones públicas involucradas. En los demás casos, la fijación de la responsabilidad se hará conforme a lo que le corresponda a cada una de las autoridades responsables, «atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención y de modo que, solo cuando no sea posible esa determinación individualizada, cabe aplicar la regla de solidaridad».<sup>65</sup>

Nos llama la atención cómo, antes de la entrada en vigencia de la norma citada, el Tribunal Supremo Español, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 17 de mayo de 1989,<sup>66</sup> decidió un caso determinando la individualización de la responsabilidad, y su correspondiente porcentaje en la indemnización. Allí, se demandaron a los Ayuntamientos de Langreo y de San Martín del Rey Aurelio por no haber adoptado las medidas constructoras o correctoras en el Canal de Abastecimiento de Aguas de Sama de Langreo, y en el colector de aguas fecales del pueblo de San Mames, del segundo de los Ayuntamientos citados, con lo que se habría evitado la posterior inundación y ruina del inmueble del demandante.

<sup>65</sup> Parejo. *Lecciones...* Ob. cit. p. 744

<sup>66</sup> Tribunal Supremo Español. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 1. Sentencia de 17 de mayo de 1989. No. 14130/1989. Disponible en página web: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4381018&links=langreo&optimize=19960108&publicinterface=true>. (Consulta: 14 de marzo de 2014).

El Tribunal optó por repartir la indemnización de las demandadas en un 70 por ciento por el ayuntamiento de Langreo, y en el 30 por ciento restante por el de San Martín del rey Aurelio. Se encontró, por una parte, que el primero «ostenta la titularidad del servicio de abastecimiento, y esa titularidad justifica la imputación de los daños sufridos al referido Ayuntamiento», y que el segundo posee la propiedad del colector. Por otro lado, mediante prueba pericial, el juzgador apreció que la asignación realizada era efectivamente aplicable en la proporción anotada, esa fue la participación que cada entidad tuvo en el daño ocasionado: «Los daños derivados de las filtraciones del colector de aguas residuales corresponden al cerramiento Este de la finca, al terreno colindante con dicho cerramiento y al lavadero situado en dicha zona».

Ya en la actualidad, el alcance que el mismo Tribunal Supremo ha dado a la norma citada es el siguiente:

El principio de solidaridad entre las Administraciones públicas concurrentes a la producción del daño resarcible emana, como dice la sentencia de 15 de noviembre de 1993, de la normativa inmanente en la naturaleza de las instituciones no solo cuando, a partir de la entrada en vigor del artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, se dan fórmulas «colegiadas» de actuación, sino también, al margen de este principio formal, cuando lo impone la efectividad del principio de indemnidad que constituye el fundamento de la responsabilidad patrimonial. Así ocurre cuando la participación concurrente desde el punto de vista causal de varias Administraciones o las dudas acerca de la atribución competencial de la actividad cuestionada imponen soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción por el particular perjudicado, sin perjuicio de las relaciones económicas internas entre aquellas.

Sin embargo, tales soluciones carecen de sentido cuando la titularidad de la responsabilidad es susceptible de ser definida con claridad, bien desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, bien desde el punto de vista sustantivo acudiendo al criterio del beneficio, revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés tutelado por una de las Administraciones intervinientes. En estos casos se impone atribuir legitimación a la Administración a la que corresponde el protagonismo en la actividad dañosa y excluir a las que han colaborado mediante actividades complementarias o accesorias, pero no significativas desde el punto de vista del desempeño de la actividad o servicio causante del perjuicio y de su relevancia como causa eficiente del daño.

Esta es la doctrina que viene hoy a consagrar la Ley 4/1999, mediante la modificación operada en el artículo 140 de la Ley de Régimen Jurídico citado, pues aplica el criterio de solidaridad cuando exista gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas (sin perjuicio de que el instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta pueda determinar la distribución de la responsabilidad), pero añade que en los demás casos de concurrencia la responsabilidad solidaria solo jugará cuando no sea posible la determinación de la responsabilidad de cada Administración «aten-

diendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención».<sup>67</sup>

## **b. Colombia**

En Colombia, la jurisprudencia del Consejo de Estado también ha llegado a la solución de la responsabilidad solidaria, pero por una vía distinta. Ante la ausencia de norma de derecho público aplicable a la concurrencia de administraciones públicas imputables por el daño cometido, se acude al artículo 2344<sup>68</sup> del Código Civil.

En otra oportunidad,<sup>69</sup> hemos señalado cómo el máximo organismo de lo contencioso administrativo en Colombia ha provocado, en ocasiones, el desvanecimiento de las fronteras entre el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas públicas y la responsabilidad aquiliana propia del derecho privado. Esto, a partir de la fundamentación jurídica de las decisiones en materia de responsabilidad extracontractual con sustento en normas aplicables a las personas privadas. Las consideraciones sobre la solidaridad de las entidades públicas concurrentes en el pago de las indemnizaciones es una más de tales situaciones.

Ponemos los siguientes eventos, en donde la jurisprudencia colombiana ha hecho hincapié en este aspecto:

### ***b.1. La responsabilidad por daños realizados en eventos públicos masivos (espectáculos, ferias locales, conciertos, etc.)***

Sentencia del 21 de julio de 1988<sup>70</sup>

Aquí se demandó, de forma conjunta, la responsabilidad de la Nación y el Municipio de Sincelejo. El asunto versó sobre los daños ocasionados con la muerte y lesiones causadas tras la caída de 8 de 32 palcos de la Plaza Hermógenes Cumplido, un escenario en el que se llevaba a cabo un evento de toros en el marco del festejo local denominado *corralejas*, el 20 de enero de 1980.

El Consejo de Estado encontró acreditada la falla de las administraciones demandadas de la Administración Municipal, porque

<sup>67</sup> Tribunal Supremo Español. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 6. Sentencia de 23 de noviembre de 1999. No. 3814/1998. Disponible en página web: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=3026775&links=principio%20de%20solidaridad&optimize=20031106&publicinterface=true> (Consulta: 14 de marzo de 2014).

<sup>68</sup> «Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 (Responsabilidad por edificio en ruina) y 2355 (Responsabilidad por objeto caído o arrojado de un edificio). Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso».

<sup>69</sup> Quintero. *La construcción...*, Ob. cit.

<sup>70</sup> Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de julio de 1988. C.P. Julio César Uribe Acosta. Rad. 3571.

tenía una injerencia directa en todo el proceso de la fiesta: Desde su organización y promoción hasta su culminación. A pesar de ello la ausencia de las autoridades municipales en el control de las festividades fue notoria, vacío que se vio reflejado en la deficiente construcción de los palcos cuyo derrumbamiento fue la causa inmediata de la tragedia. [...] Como se ve la negligencia de la Administración Municipal fue absoluta. Sus miembros solo se preocuparon de las componendas que favorecieran a sus parciales y debiendo actuar para vigilar estrictamente una actividad que, estaba comprobado, era de gran riesgo para la comunidad, no lo hicieron así, lo que configura un típico caso de responsabilidad por falla del servicio.

Igualmente, el alto Tribunal constató que se había comprometido la responsabilidad extracontractual de la Nación, a partir de deberes emanados de normas constitucionales vigentes para la época, que generaban el deber de prevenir los daños:

El artículo 16 de la Constitución establece la condición sine qua non de existencia de las autoridades de la República: La protección de las vidas, honra y bienes de los residentes en Colombia. El artículo 20 ibídem, obliga a los funcionarios a actuar en todos los casos que requieren la presencia del Estado y establece la responsabilidad por la falta de actividad. A su vez el numeral 7 del artículo 120 de la carta dispone que sea el Presidente de la República el supremo guardián del orden público en sus facetas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad. Por lo que lógicamente el control de unas festividades que involucran dichas facetas debían ser objeto de la vigilancia del Gobierno central y mucho más cuando celebraciones similares se efectuaban en gran parte del territorio nacional. Sin embargo no consta en autos que la actuación del Gobierno fuera preventiva. Su manifestación solo se produjo cuando ya había ocurrido la catástrofe, ordenando la reglamentación de las fiestas de corraleja.

De manera que, bajo la providencia referida, ambos están llamados a responder solidariamente, basados en el artículo 2344 de Código Civil, amparándose para el efecto en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil,<sup>71</sup> y en la del Consejo de Estado.<sup>72</sup> Jurisprudencia de la cual cita unos extractos que son adoptados como si fueran del propio fallo que estamos comentando:

«Si bien es cierto que el proceso para mostrar una causalidad ocasional ya que existió una causa primera, eficiente, que por sí sola podría tomarse como productora del perjuicio, no lo es menos que en el fondo se produjo la concurrencia de fallas o culpas determinantes, de tal manera que bien pudo demandarse a uno solo de los culpables o a todos en forma solidaria».

«Para corroborar este aserto basta observar el desarrollo de los hechos:

«Los constructores de los palcos fueron los responsables iniciales. Construyeron mal, sin técnica alguna, con materiales usados y de baja calidad.

<sup>71</sup> Cita la sentencia de 6 de agosto de 1985. M.P. Alberto Ospina Botero. Actor: Victoriano Velilla y otros contra la Cooperativa de Habitaciones para Empleados Limitada.

<sup>72</sup> Cita la sentencia de 25 de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), Expediente número 3882, Actor Jaime Arturo Bertel Martínez y otros, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.



«Pero esa construcción tenía que ser controlada y supervigilada por las autoridades municipales, a cuyo cargo estaba la organización de los festejos y corridas (el Municipio y la Junta).

«Al no hacerlo, esa entidad incurrió en grave omisión y conformó con la construcción deficiente hecha por ‘los dueños’ de los palcos, una concausa eficiente.

«La autoridad policiaca, a su turno, descuidó sus deberes de velar por la vida e integridad de los asociados y pese a conocer el estado de los palcos y la falta de control por parte de las autoridades municipales, nada hizo para evitar la tragedia que se anunciaba en forma elocuente. Se limitó a mirar, como consta en autos.

«Fuera de esto, los organismos de salud tampoco hicieron nada para evitar la tragedia. Se dejaron contagiar por la irresponsabilidad circundante.

«En suma, nadie quiso actuar correctamente. Con uno que lo hubiera hecho, es muy posible que nada habría pasado».

### *Sentencia de 11 de noviembre de 1999<sup>73</sup>*

Con el permiso del Municipio de Popayán se llevó a cabo una competencia de motociclismo. Con todo, esta no se llevó a cabo con las especificaciones de seguridad necesarias. En tales circunstancias, se produjo un accidente de uno de los participantes del evento, luego de perder un control sobre su motocicleta al tomar una curva y chocar contra varios espectadores; entre ellos, un señor que presenciaba el evento, que falleció tras el suceso.

Para la corporación hubo responsabilidad del municipio de Popayán:

pues debió comprobar que los primeros ofrecían las medidas de seguridad y garantías necesarias para la realización del evento, y con la Policía debió acordar, elaborar y velar por la ejecución un plan operativo que disminuyese el riesgo para los participantes y garantizara la seguridad de los espectadores.

Como el Municipio, expidió el permiso sin haber exigido las necesarias condiciones de seguridad, y una vez expedido, se desentendió de sus obligaciones respecto a las referidas medidas de seguridad en el desarrollo del evento, incurrió en una conducta omisiva y negligente, constitutiva de falla del servicio por la cual el daño causado le es imputable y resulta comprometida su responsabilidad patrimonial.

Y hubo responsabilidad de la Policía Nacional, en concurrencia con la del Municipio, porque a su cargo estaba «la ejecución material de actividades destinadas a brindar efectiva protección a la vida e integridad de los espectadores y competidores», acorde con sus obligaciones constitucionales.

---

<sup>73</sup> Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999. C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez. Rad. 11499.

El alto Tribunal estableció la responsabilidad solidaria de las dos demandadas, indicando una proporción en el pago de la indemnización, pero que resultaba exigible en su totalidad a cualquiera de las condenadas. El razonamiento de la sentencia se extiende en estos párrafos, a partir de las normas del Código Civil, aplicables a la responsabilidad estatal:

En consecuencia, la institución de la solidaridad constituye una garantía para el damnificado en orden a lograr una íntegra y efectiva reparación del daño causado, lo que implica que está relevado de probar el grado de participación de cada uno de los agentes del daño en su producción.

Nada se opone a la aplicación de este precepto que, en principio, rige para el derecho privado, en la esfera de la responsabilidad patrimonial del Estado, más aún si, como se ha visto, el propósito del art. 90 de la Carta Política fue consagrar un sistema de responsabilidad estatal que parte del principio de la reparación del daño antijurídico a la víctima, antes que de la sanción al infractor de una obligación.

Lo dicho significa —para este caso— que se debe modificar el fallo recurrido en cuanto dedujo que el Municipio de Popayán respondería por el 70 por ciento del daño y la Policía Nacional por el 30 por ciento y, en cambio, se dispondrá que la responsabilidad es solidaria; en consecuencia, los damnificados pueden exigir el pago total de la indemnización a cualquiera de las entidades públicas condenadas.

Sin embargo, la Sala está de acuerdo con el a quo al estimar que, de conformidad con lo probado, la persona pública que tuvo un mayor grado de participación en la producción del daño antijurídico fue el Municipio de Popayán, pues, con innegable negligencia omitió el cumplimiento de su deber legal, toda vez que de conformidad con el art. 315-2 Superior, el Alcalde es la primera autoridad de policía del Municipio y por este carácter, tiene competencia para impartir a la Policía Nacional las órdenes legales pertinentes, las cuales deben ser cumplidas con prontitud y diligencia.

En consecuencia, es justo y equitativo que entre las entidades condenadas, se defina como tasación del monto indemnizatorio la siguiente proporción: 70 por ciento de la condena a cargo del Municipio de Popayán y 30 por ciento de la misma a cargo de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional.

De tal manera, que si cualquiera de las dos entidades paga la totalidad de la indemnización, puede posteriormente repetir en contra de la otra entidad en el monto a su cargo que ha sido tasado anteriormente, en aplicación del art. 1579 del C.C.

*Sentencia de 7 de abril de 2011<sup>74</sup>*

En este proceso se decidió el caso de los familiares de una persona que, el 9 de agosto de 1988, falleció atropellada por una motocicleta que participaba en una competencia llevada a cabo en el marco de las fiestas patronales de la localidad demandada. Los deman-

<sup>74</sup> Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 7 de abril de 2011. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Rad. 20750.

dantes reclamaban la responsabilidad de dos entidades de diferente nivel: el Municipio de San Lorenzo —perteneciente al Departamento de Nariño— y la Policía Nacional —personificada a través de la Nación—.

El Consejo de Estado despachó favorablemente algunas de las súplicas de la demanda. Inicialmente, encontró una falla del servicio imputable a las dos demandadas. Por una parte, en líneas generales, indicó la improvisación de la competencia de motocicletas, en donde no se adoptó medida alguna de planificación y de precaución, tendientes a garantizar la vida e integridad de espectadores y competidores. De esta forma, «[l]a única medida en ese sentido fue la persuasión realizada por los pocos efectivos policiales para tratar de impedir el paso de los espectadores a la vía, no obstante la cantidad de agentes de la Policía en la localidad resultaba insuficiente para controlar de manera adecuada a los concurrentes al espectáculo público».

Para la Corporación judicial, el Código de Policía aplicable en la época de los hechos establecía un deber consistente «en impedir la realización de espectáculos públicos en sitios que impliquen peligro para la vida e integridad de los ciudadanos» y «adoptar las medidas de seguridad y/o de precaución necesarias». La conducta contraria a esta obligación por parte de las demandadas fue, en su sentir, la causa eficiente del daño irrogado a los familiares del fallecido. Lo anterior, aun cuando se demostró que la persona fallecida fue imprudente por estar en estado de embriaguez y no obedecer las instrucciones del cuerpo policial; cuestión que únicamente incide en la cuantificación del monto de la indemnización<sup>75</sup> (que se redujo en un 50 por ciento), conforme al artículo 2357 del Código Civil.<sup>76</sup>

Acerca del tema que de la concurrencia, el Alto Tribunal encontró que la responsabilidad en este evento era solidaria, a partir de las siguientes consideraciones:

*Sobre el particular, advierte la Sala que según los dictados del artículo 2.344 del Código Civil, hay lugar a predicar la responsabilidad solidaria entre las entidades públicas demandadas dentro el presente asunto (Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional y Municipio de San Lorenzo), comoquiera que dicha figura se halla instituida para aquellos casos en los cuales si en la producción del hecho dañoso demandado hubieren participado dos o más personas, el demandante queda facultado por la ley para hacer exigible la obligación indemnizatoria respecto del daño irrogado a cualquiera de aquellas personas que hubieren participado en su producción y, comoquiera que tal y como se acreditó en el presente caso, ambas entidades participaron en la producción del mismo, la condena a imponer debe hacerse en forma solidaria respecto de las aludidas entidades públicas, por manera que también se dispondrá la modificación de la sentencia impugnada en ese aspecto (Las cursivas son nuestras).*

<sup>75</sup> Indica la sentencia: «Una vez se configuran los elementos estructurales daño antijurídico, factor de imputación y nexos causal, la conducta del dañado solamente puede tener relevancia como factor de aminoración del cuántum indemnizatorio, a condición de que su comportamiento adquiera las notas características de una concurrencia del daño».

<sup>76</sup> «La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente».

## **b.2. La responsabilidad por los daños ocasionados en establecimientos educativos**

*Sentencia del 6 de marzo de 2013<sup>77</sup>*

El 22 de febrero de 1999, un menor de edad que se encontraba en una escuela rural falleció tras sufrir un accidente al caer de un muro. El fallo determina, a partir de la repartición de competencias y del deber de vigilancia y custodia de los alumnos en el plantel que, tanto el Municipio de Balboa como el Departamento de Risaralda poseen responsabilidad en este caso. El primero, por ser propietario del terreno y tener a su cargo el mantenimiento y reparaciones de la sede educativa. El segundo, porque «la planta física es de carácter departamental, en tanto que los docentes son nombrados por la Secretaria de Educación y Cultura del departamento de Risaralda, y el encargado de la dirección, administración y cuidado de la planta física y de los inventarios (material educativo, equipos, muebles y encerres), es el director del plantel, se itera, nombrado por el departamento».

En tal medida, se configuran obligaciones conjuntas para ambas entidades estatales, y en el evento de su incumplimiento su responsabilidad es solidaria, conforme a la legislación civil.

## **c. México**

Por último, en México, según la Ley Federal de Responsabilidad del Estado se adopta, principalmente, la responsabilidad en proporción a la participación en el daño. Según el artículo 27 de la norma en comento, en los eventos de concurrencia, «el pago de la indemnización deberá distribuirse proporcionalmente entre todos los causantes de la lesión patrimonial reclamada, de acuerdo con su respectiva participación». Solo en «el supuesto de que entre los causantes de la lesión patrimonial reclamada no se pueda identificar su exacta participación en la producción de la misma, se establecerá entre ellos una responsabilidad solidaria frente al reclamante, debiéndose distribuir el pago de la indemnización en partes iguales entre todos los co-causantes», de acuerdo con el artículo 29 de la mencionada norma.

Al respecto, la doctrina ya citada señala:

Actualmente se evidencia la actividad administrativa conjunta de los sujetos territoriales en diversas materias (medio ambiente, carreteras, turismo, aguas, entre otras), lo que en muchas ocasiones puede producir daños que deriven en responsabilidad patrimonial. En estos casos de actuación conjunta —inevitables en un sistema de federalismo cooperativo— los sujetos jurídico-políticos intervinientes deben responder a la indemnización del daño en la misma proporción de su actuación.

---

<sup>77</sup> Consejo de Estado de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 6 de marzo de 2013. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. 24884.

De esta manera quedan cubiertos los casos en que se produzca un daño por una actuación conjunta de los diversos sujetos jurídico-públicos territoriales del Estado federal mexicano.<sup>78</sup>

## V. CONCLUSIONES

Hasta este punto, hemos descrito las generalidades de cómo se configura, en la actualidad, el derecho de la responsabilidad extracontractual del Estado en el campo municipal. Con ello, no se ha pretendido aportar elementos nuevos a la teoría de la responsabilidad civil de estos entes territoriales, que, como pudimos notar, se nutre de las bases generales de esta rama. Por el contrario, se ha buscado constatar, de forma amplia, que el Municipio es responsable. Ello depende, eso sí, de las características que proporcione el sistema jurídico en el que se halla insertado.

Una visión comparatista de la responsabilidad estatal en general, y de la municipal en particular, debe observar diferentes facetas y disciplinas, así como atender la posición política sobre la manera de concebir la reparación de los daños: si desde la perspectiva moral de atender al damnificado por la puesta en práctica del principio de la solidaridad, o como la redistribución económica tendiente a recobrar, en la medida de lo posible, al perjudicado con un daño injustificado.<sup>79</sup> En materia de responsabilidad, como en ninguna otra, se hallan inmersas consideraciones de todo tipo —filosóficas, sociológicas, morales, económicas, políticas, etcétera—. Estas, a la postre, terminarán dando o no razón a la opción tomada por un Estado frente a sus administrados.

Para quienes, como estudiosos del derecho público comparado, se aventuren a comprender de manera más profunda las implicaciones de la admisión de un sistema determinado de responsabilidad, se necesita recordar la inteligente frase del profesor chileno Soto Kloss, cuando menciona que «el Derecho Público es esencialmente el fruto de la realidad de cada país, de sus propias tradiciones, de la evolución de su propia vida social y política y también intelectual y religiosa espiritual».<sup>80</sup>

Ahora, aunque una visión comparada no puede abstraerse del sistema interno, la cotidianidad del Municipio, en su actividad como autoridad pública y más cercana garante de las necesidades de los ciudadanos, obliga a que sea responsable ante los daños que ocasiona, y a que existan menos espacios de inmunidad. El regocijo al efectuar la presente investigación está en comprender que, a grandes rasgos, y aunque existan diferencias, críticas y controversias —siempre bienvenidas—, la tendencia es esa: abandonar la irresponsabilidad.

<sup>78</sup> Jiménez-Mérida. «Notas esenciales...». Ob. cit. p. 572.

<sup>79</sup> Sobre el tema de la construcción teórica de la responsabilidad civil, desde sus diferentes perspectivas, ver la reciente obra: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge. *La Filosofía de la Responsabilidad Civil*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013.

<sup>80</sup> Soto Kloss. Eduardo, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo 1. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 31 y 32. Citado por: Roman Cordero, Cristian. «Bernardino Bravo con Fisco de Chile. Apuntes sobre la evolución histórica de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile». En *Revista Chilena de Historia del Derecho*. No. 22. Tomo II. Universidad de Chile. 2010, p. 1044. En página web: <http://www.historiadelderecho.uchile.cl/index.php/RCHD/article/download/22149/23466> (Consulta: 15 de marzo de 2014).

# TRANSPARENCIA MUNICIPAL

Por *MYRNA ELIA GARCÍA BARRERA* \*

«La voluntad de la gente tiene que ser la base de la autoridad gubernamental. Este es el fundamento de la democracia. Este es el fundamento del buen gobierno, el cual le dará a cada ciudadano [...] Un papel real y duradero —política, económica y socialmente— en el futuro de sus sociedades».

Kofi Annan\*\*

## SUMARIO

I. Introducción. II. El acceso a la información en el Municipio. III. Tipos de Información. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La transparencia y la rendición de cuentas son o deben ser el objetivo primordial de todo ente de gobierno, ya sea federal, estatal o municipal; el compromiso de toda autoridad o mejor dicho de todo sujeto obligado es de informar a sus gobernados su gasto público y todo su desempeño gubernamental.

Sabemos que las autoridades municipales son las más cercanas a los habitantes de cada uno de los municipios, porque tienen el deber constitucional de los servicios públicos,<sup>1</sup> los que deben ser realizadas con eficacia y eficiencia para la satisfacción de todas y todos sus habitantes.

---

\* Doctora en Derecho egresada de la Facultad Derecho y Criminología de la UANL. Investigadora en el Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Facultad Derecho y Criminología de la UANL, y Catedrática de la propia Facultad de Derecho y Criminología de la UANL, de la Universidad de Monterrey y Directora de Equidad de Género y Protección a Grupos Vulnerables del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. Investigadora SNI nivel 1 (2009-2011).

\*\* Kofi Atta Annan fue el séptimo secretario general de las Naciones Unidas, cargo que ocupó entre 1997 y 2006, y fue galardonado, junto a la ONU, con el Premio Nobel de la Paz de 2001.

<sup>1</sup> Artículo 115 constitucional: III.-Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales; b) Alumbrado público; c) Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos; d) Mercados y centrales de abasto; e) Panteones; f) Rastro; g) Calles, parques y jardines y su equipamiento; h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito; e i) Los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los Municipios, así como su capacidad administrativa y financiera. Sin perjuicio de su competencia constitucional, en el desempeño de las funciones o la prestación de los servicios a su cargo, los municipios observarán lo dispuesto por las leyes federales y estatales.

Es menester señalar que el municipio en México es autónomo en el ámbito administrativo, ya que nuestra Constitución utiliza la expresión de municipio libre.<sup>2</sup> En ese sentido, se destacan las siguientes características del municipio: 1. Posee personalidad jurídica y patrimonio propios; 2. Cuenta con un gobierno autónomo, en el ámbito administrativo; 3. Su órgano administrativo (ayuntamiento) es electo mediante sufragio universal; 4. Posee facultad reglamentaria para los asuntos de su competencia; 5. Es el congreso local de la entidad federativa el que legisla para el ámbito municipal; el municipio puede legislar excepcionalmente en materia presupuestal y de asentamientos humanos; 6. Están a su cargo ciertos servicios públicos de carácter vecinal; 7. Administra libremente su hacienda pública.<sup>3</sup>

Ahora bien, si el municipio tiene a su cargo los servicios públicos, con las características de todo acto administrativo, tales como, actos jurídicos de orden público, emitido por la administración pública municipal, con el propósito de perseguir el interés público.<sup>4</sup> Pero además, se debe cumplir con el artículo 6 Constitucional, sobre la obligación que se señala en la fracción v, que a la letra refiere: «Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán, a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos».

Por lo que, el municipio como otros sujetos obligados que, «al ser las instituciones de carácter público, es importante contar con personal formado en ética, entendida esta como la herramienta poderosa que forma la conciencia de los hombres y desarrolla plenamente su capacidad de juicio. La formación ética es vital en los individuos pues estos tienen un carácter eminentemente activo en la marcha y desarrollo de los organismos. Precisamente, una de las causas que ha provocado la desconfianza en las instituciones públicas es la ausencia de principios y valores éticos, lo que da pie al incremento de vicios o actitudes antiéticas tales como la corrupción, el abuso de autoridad, el tráfico de influencias, etcétera. Situaciones que impiden se alcancen las metas y objetivos institucionales».<sup>5</sup>

Ahora bien, dicha desconfianza y anotando que el poder ha cambiado en México, porque como lo señala José Carbonell, citando el clásico Jorge Carpizo,<sup>6</sup> al señalar que la presidencia de la república, entendida como el mando central sobre el que giran los demás poderes y actores políticos, ha contado en el México posrevolucionario, con una

<sup>2</sup> Artículo 115 Constitucional: «Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:.... ».

<sup>3</sup> Martínez Morales Rafael I. *Derecho administrativo*. Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos. Volumen 3. Harla. México. 2001. p. 160.

<sup>4</sup> *Ibíd.* P. 2.

<sup>5</sup> Bautista, Óscar Diego. *Ética y Política: Valores para un Buen Gobierno*. <http://eprints.ucm.es/6972/1/art-%C3%A9tica-y-politica-TI.pdf> (2 de febrero de 2014).

<sup>6</sup> Carbonell, José. *El fin de las certezas autoritarias. Hacia la construcción de un nuevo sistema político y constitucional para México*. Editorial IJ-UNAM. México. 2002. pp. 57 y 58.

fuerza inigualable, ya que esta surge tanto de las facultades que le otorga la Constitución, como las llamadas *metaconstitucionales*, entre las que destacan, la fuerte influencia en la opinión pública a través de los controles y facultades con los medios de comunicación masivos; y por otro lado, la concentración de recursos económicos en la federación, especialmente en el ejecutivo, así como los ejecutivos estatales; por lo que se tiene un menoscabo económico, para el municipio.

El proceso de liberalización política<sup>7</sup> va de un autoritarismo a otro más flexible y abierto que adopta nuevas formas de hacer política y una mayor apertura de espacios para la representación y la expresión social, misma que se logra con la transparencia municipal, entre otras temas.

Pero la transparencia municipal debe ser cumpliendo con los modelos, para que sea una verdadera redición de cuentas, mismo que será analizado en el presente artículo, ya que sabemos que en la actualidad, tiene especial relevancia en los procesos informativos, la producción y el traslado de la información, que se han hecho cada vez más importantes en la realidad económica y social. Esta nueva etapa de la evolución de la sociedad se caracteriza por una extraordinaria valoración de la innovación, alentada por el cambio tecnológico, que nos explica la reciente etapa de prosperidad que están experimentando los países más avanzados, con una especial valoración del conocimiento.

Ahora bien, conscientes de las nuevas aplicaciones jurídicas en la sociedad de la información, es indudable la importancia del tema de la manifestación de la voluntad al utilizar medios electrónicos o telemáticos, y también desde qué momento se tiene por aceptado el contenido del propio documento electrónico o telemático; porque, durante mucho tiempo, la contratación ha servido de fórmulas para garantizar la prueba de su existencia.<sup>8</sup>

La sociedad de la información se caracteriza por ser un espacio —electrónico o virtual— en el cual la adquisición, procesamiento, organización, almacenamiento, recuperación, utilización, monitoreo, distribución y venta de información, conforman actividades prioritarias para la economía de los países que las fomentan, debido a su alto índice de generación de valor agregado.

El surgimiento de la sociedad de la información, como ya lo señalamos, es consecuencia del desarrollo científico-tecnológico, especialmente en las áreas de la informática, microelectrónica, optoelectrónica y las telecomunicaciones, que se hizo posible por la aparición de tecnologías avanzadas, denominadas las nuevas tecnologías de la información.

Por lo que no queda lugar a dudas que uno de los elementos importantes que están en la agenda de las naciones democráticas, —o mejor dicho— de las sociedades verdaderamente demócratas, es el referente al derecho a la información dentro del capítulo mayor

<sup>7</sup> *Ibíd.* p. 152.

<sup>8</sup> Perales Sanz, José Luis. 2002. *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Editorial Civitas. Madrid. p. 21.



de libertades públicas y de los derechos ciudadanos de tener parte en el Estado y la sociedad, es decir el derecho de acceder efectivamente a la información pública.<sup>9</sup>

Puede decirse de manera rotunda e inequívoca, que las sociedades más avanzadas tienen en común una creciente valoración de la información. Esto no es una moda, sino la consecuencia de la importancia cada vez mayor de la gestión de la información para abordar de forma precisa multitud de temas técnicos, económicos, y sociales.

Ahora, en las sociedades modernas,<sup>10</sup> la eficacia en abordar la solución de los problemas sociales, están unidos a la disposición, organización y manejo de cantidades colosales de información, misma que debe ser veraz, objetiva, pertinente y oportuna, etcétera.

De lo anterior deducimos que el acceso a la información es un derecho fundamental y su garantía es de imperiosa observancia por las diversas instituciones públicas, sin soslayar el derecho de terceros a la privacidad y el secretismo, la integridad física y mental, los bienes, los menores y la familia, entre otros; los temas que trataremos en el presente trabajo iniciando con el acceso a la información en el municipio, los tipos de información en los municipios en el estado de Nuevo León, con base en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del estado de Nuevo León.<sup>11</sup>

## II. EL ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL MUNICIPIO

El día internacional del «derecho a saber»<sup>12</sup> se instauró en el 2002, durante la celebración de un encuentro internacional de organizaciones no gubernamentales encargadas de promover el acceso a la información en Sofía, Bulgaria, donde fue creada la Red de Defensores del Acceso a la Información-FOIA (Freedom of Information Advocates). Esta fecha tiene por objeto reconocer la importancia de este derecho fundamental en la vida democrática de todo país.

La transparencia<sup>13</sup> es una herramienta de los gobernados, —o mejor dicho— de toda persona, que tiene tres objetos: controlar a la administración pública municipal, permitir la participación en ella y brindarle mayor acercamiento respecto a ella; esta es también un arma contra la corrupción ya que promueve la inversión privada al disminuir los costos de transacción en el mercado, produce una mayor confianza de los ciudadanos en sus autoridades públicas y fomenta una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

La transparencia contribuye a una óptima fiscalización, ya que no se puede auditar o revisar en forma eficaz algo que no se conoce, lo que contribuye a un mejor control sobre el buen funcionamiento de la Administración, en este caso de la administración del Municipio.

<sup>9</sup> Y para este artículo, la información pública en posesión del Municipio.

<sup>10</sup> Por el uso de las TIC (tecnologías de la información y las comunicaciones y el internet).

<sup>11</sup> Referida como LTAIINL.

<sup>12</sup> <http://www.animalpolitico.com/blogueros-res-publica/2011/09/23/dia-internacional-del-derecho-a-saber/#axzz2wFSGdwQc> (1 de marzo de 2014).

<sup>13</sup> Siguiendo con el tema de la transparencia municipal.

Con la transparencia se logra una relación de confianza entre gobernantes y gobernados, uno de los principales intereses de la política. «Todos los valores principales pueden estar en juego en la política: poder, respeto, rectitud, salud, ilustración, habilidad y afecto. Y la política puede decidir mucho acerca de la forma en que podemos disfrutar nuestros valores, con seguridad y libertad, o sin ellas».<sup>14</sup>

A los seres humanos nos gusta disfrutar los valores en libertad, por lo que a través de la historia de la *jurisprudencia* —o historia del derecho—, se ha escrito mucho sobre la libertad.<sup>15</sup> Se dice que Edmundo Burke sostuvo que resultaba más útil hablar de libertades específicas que de la libertad en general; y en los tiempos de Adam Smith, o sea a finales del siglo XVIII, el aspecto más prominente de la libertad parecía ser uno negativo: la ausencia de restricciones; en cambio a finales del siglo XIX, la libertad se ha definido no solamente como la ausencia de restricciones, sino como algo positivo: la presencia de oportunidades. Otro aspecto positivo de la libertad, en que hizo hincapié el filósofo alemán Hegel, es la capacidad de actuar. Todos estos aspectos de la libertad los encontramos en una fuerte democracia.

Ahora bien, «una democracia fuerte se fundamenta sustancialmente en el diálogo productivo entre los diferentes actores políticos, suponiendo que todos disponen de información útil».<sup>16</sup>

Y en una democracia fuerte, la transparencia es el acto que consiste en abrir la información pública de los sujetos obligados al escrutinio público, mediante sistemas de clasificación y difusión. Ahora bien, es importante ratificar, que el principio de transparencia que hemos instituido en México, además de constituirse como una herramienta de participación ciudadana, implica un concepto de legitimación y convivencia directa, acercada, de instancia primaria con los gobernados a efecto de que estos puedan formarse una opinión y conocer las actividades administrativas de las oficinas públicas.

Se precisa que el principio de transparencia constituye hoy, junto con los de legalidad y eficacia, unos de los tres grandes principios que informan la actividad de la Administración Pública; porque fortalece el Estado de Derecho, el Estado Social y el Estado Democrático respectivamente.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Deutsch, Karl W. *Política y Gobierno*. Fondo de Cultura Económica. 2 reimpresión en español. México. 1998. p. 55.

<sup>15</sup> Deutsch, Karl W. *Op. cit.* p. 54.

<sup>16</sup> Cruickshank, Susana y Flavio Lazos. 2007. *Derecho a Saber: Balance y Perspectivas Cívicas*. Coordinadores: Jonathan Fox, Libby Haight, Helena Hofbauer y Tania Sánchez Andrade. «La Transparencia del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. Un vistazo desde México». Fundar: Centro de Análisis e Investigación, A.C. Woodrow Wilson International Center for Scholars. México. p. 217.

<sup>17</sup> Fernández Ramos, Severiano. 2002. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. «Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información». Nueva serie. Año xxxv. Núm. 105. Septiembre-Diciembre. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. p. 886.

En nuestro país,<sup>18</sup> después de setenta años de gobierno de un solo partido político y de una cultura del secreto nada revolucionaria, pero decididamente institucional, el nuevo milenio pareció revertirse de ánimos reformadores en pro de la transición a la democracia, la apertura y la transparencia en torno al quehacer público.

Y es que la transparencia no es fácil, no es una «condición natural» de las organizaciones gubernamentales; como lo plantea un clásico en cuestión de organizaciones, Gian-domenico Majone:

Las burocracias no nace transparentes, mucho menos en tradiciones gubernamentales como la mexicana. Por eso la transparencia debe elaborarse, construirse, implementarse cuidadosamente con una visión de largo plazo que asuma al mismo tiempo diferentes objetivos: legales, reglamentarios, organizacionales, educativos (y) culturales, dentro y fuera de las instituciones del Estado.<sup>19</sup>

Pero además como señala Niklas Luhmann:

La reconstrucción de la perspectiva aprehendía la condición oculta del ver natural, no obstante todavía no entraba en contradicción con la supuesta visibilidad del mundo; desde antes del descubrimiento de la perspectiva ya se podría ver. La perspectiva hace visible al observador precisamente en aquel punto en donde es invisible para sí mismo [...] Ciertamente ya se comienza a preguntar cómo se observa el mundo, es decir, se preguntaba en el modo de observación de segundo orden, pero únicamente para hacer posible pinturas que imitaran a la naturaleza no solo en su *qué*, sino el su *cómo*.<sup>20</sup>

Porque, con transparencia y acceso a la información, entre otras cosas, se consolida la democracia de un país, porque por democracia debemos entender:

El sistema de gobierno caracterizado por la participación social, totalmente considerada, en la organización del poder público y en su ejercicio. La democracia se funda en la consideración elemental, de sentido común, según la cual las cosas que interesan o afectan a todos deben tratarse y resolverse con el concurso de todos. La democracia es un régimen de partidos.<sup>21</sup>

Ahora bien, la democracia en palabras lisas y llanas se debe entender como el instrumento político que le permite a los gobernados elegir libremente a sus gobernantes, por lo que es a través del ejercicio de ella, que el gobernante participa activamente en la vida

<sup>18</sup> Fox, Jonathan. Libby Haight, Helena Hofbauer y Tania Sánchez Andrade. Coordinadores. 2007. *Derecho a Saber. Balance y Perspectivas Cívicas*. Fundar. Centro de Análisis e Investigación, A.C. Woodrow Wilson International Center for Scholars. México. p. 13.

<sup>19</sup> Vergara, Rodolfo. 2005. *La transparencia como problema*. Cuadernos de Transparencia. Núm. 05. IFAI. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. México. p. 5.

<sup>20</sup> Luhmann, Niklas. *El arte de la sociedad*. Heder Universidad Iberoamericana. México. 2005. pp. 145 y 146.

<sup>21</sup> De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. 1965. *Diccionario de Derecho*. Porrúa. México. p. 213.

política de su país tomando conciencia de su participación al ver reflejada su intervención en las decisiones de los gobernantes elegidos.

El concepto de democracia se ha perfeccionado con el transcurso del tiempo, en un principio se entendía que su fin era abrir el sistema político, hoy en día ese concepto va ligado a que con ella se garanticen los derechos humanos, ya no solo se le asocia a la elección de los gobernantes, sino «hoy la razón de la democracia es el reconocimiento del otro y la exaltación de los derechos individuales».<sup>22</sup>

En este nuevo concepto de la democracia, los medios de comunicación juegan un papel fundamental, porque los «servicios de televisión y radio públicos sufren enormes carencias y dificultades en cuanto a presupuestos inadecuados, imposibilidad de comercializar, burocracia excesiva, oficialismo y desapego a la ciudadanía».<sup>23</sup>

No cualquier orden jurídico tiene una concepción democrática, sino solo aquel cuya base y finalidad es el respecto de los derechos humanos. El poder de los medios de comunicación es extraordinariamente importante porque a través de la información que le están dando a la sociedad, la sociedad se va formando criterios y va a decidir cómo actuar.

Los medios de comunicación tienen dos grandes fundamentos que deben cumplir para beneficio de la comunidad en general: otorgar información veraz y hacerlo con libertad de expresión.<sup>24</sup>

En un estado democrático la transparencia es el compromiso que se establece para dar a conocer a los ciudadanos —o mejor dicho a toda persona— la información que genera y obra en su poder. En la actualidad la transparencia es uno de los elementos de una nueva relación entre Estado y sociedad, lo cual viene a forjar y consolidar en los últimos años a la democracia en la que vivimos.

Y siguiendo a Sartori:

Casi siempre y con mucha frecuencia, la opinión pública es un «dato» que se da por descontado. Existe y con eso es suficiente. Es como si las opiniones de la opinión pública fueran como las ideas de Platón, ideas innatas [...] Pero la noción de opinión pública denomina sobre todo opiniones generalizadas del público, opiniones endógenas, las cuales son del público en el sentido de que el público es realmente el sujeto principal. Debemos añadir que una opinión se denomina pública no solo porque es del público, sino también porque implica la *res publica*, la cosa pública, es decir, argumentos de naturaleza pública: los intereses generales, el bien común, los problemas colectivos.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Junco Esteban, María Alicia. 2003. *El derecho a la información: de la penumbra a la transparencia*. Editorial Porrúa. México. p. 4.

<sup>23</sup> Villanueva, Ernesto. Coordinador. 2000. *Hacia un nuevo derecho de la información*. Universidad Iberoamericana. México. p. 11.

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> Sartori, Giovanni. *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Punto de partida. México. 2005. pp. 81 y 83.

Recordemos que los servicios públicos son de interés colectivo, por lo tanto sujetos a la opinión pública de todas y todos los habitantes del propio municipio.

«La transparencia y la rendición de cuentas van de la mano»,<sup>26</sup> la transparencia no solo implica rendir cuentas a sujetos específicos, sino que además sugiere un sistema en donde la información se encuentre a disposición de todos aquellos que quieran consultarla, lo que permitirá que cualquier ciudadano pueda detectar posibles irregularidades en el desempeño de su función y exigir una mejor rendición de cuentas, porque «la transparencia es condición necesaria para lograr el balance necesario».<sup>27</sup>

La transparencia es el ejercicio de solicitar y entregar la información. Formar una cultura de transparencia<sup>28</sup> es que las autoridades rindan cuentas a los gobernados de las decisiones que realizan en la función pública y crear una cultura ciudadana de participación, respeto y ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

La falta de transparencia de cualquiera de los sectores de la sociedad —públicos o privados en especial de los municipios—, tiene un impacto negativo en el desarrollo de un país, porque genera desconfianza dentro de la propia sociedad y de esta hacia las instituciones y el gobierno, además constituye el abandono de derechos y desinterés de lo público, inhibiéndose la participación de los actores económicos que todo país necesita para su desarrollo, por lo que se fomenta la no inversión, a causa de la no transparencia.

«Una democracia requiere de un funcionamiento transparente y responsable por parte de los poderes públicos; esto significa que los ciudadanos deben tener la capacidad jurídica de conocer en todo momento la conducta de sus gobernantes».<sup>29</sup>

La función de la administración pública se debe de sujetar a ciertos valores, según la OCDE,<sup>30</sup> los valores que son imprescindibles en los gobiernos para un ejercicio administrativo gubernamental sujeto a la ética son: imparcialidad, legalidad, integridad, transparencia, eficiencia, responsabilidad y justicia.<sup>31</sup> Es importante señalar que la educación de los miembros de la sociedad de la administración pública a evaluar, serán un factor determinante para el cumplimiento de los valores enlistados.

<sup>26</sup> López Portillo Vargas, Ernesto. 2007. *Derecho a saber. Balance y perspectivas cívicas*. «Policía y transparencia: más allá del acceso a la información» Fundar. Centro de análisis e investigación, A.C. México. Página 123. Tomado de Osse, Anneke. Understanding policing. Aresoruze for human rights activictis. Amnesty International. The Netherlands. 2006.

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 121.

<sup>28</sup> «Se trata de un término ‘paraguas’ muy amplio, que se refiere a las creencias, prácticas y expectativas que están imbuidas en el Estado y en la sociedad acerca del derecho a saber. [...] El uso de este término implica que se requiere un cambio de actitud entre los funcionarios, para que acepten el derecho del público a saber». Fox, Jonathan y Libby Haight. *Derecho a Saber. Balance y Perspectivas Cívicas*. «Las Reformas a favor de la Transparencia: Teoría y Práctica». Op. Cit. p. 61.

<sup>29</sup> Carbonell, Miguel. 2006. *Los obstáculos de la transparencia: el caso de la Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda del Estado de Coahuila*. Derecho Comparado de la Información. Número 8. Julio-Diciembre. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Fundación Konrad Adenauer. México. p. 173.

<sup>30</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

<sup>31</sup> Yáñez Estrada, Eduardo. 2004. *Derecho de acceso a la información pública. Valoraciones iniciales*. «Del mutismo al escándalo en el acceso a la información pública». Villanueva, Ernesto e Issa Luna Pla. Op. Cit. p. 77.

Con base en todo lo anterior, las causas de la transparencia son: es una exigencia internacional, por el compromiso de disminuir la corrupción y por las ventajas de fomentar la inversión o mejor dicho impulsar la economía y la inversión de capitales nacionales y extranjeros; por ser un mandato constitucional, como ya lo señalamos emanado de poder político o poder constitucional; es un consenso de los partidos políticos y de las organizaciones no gubernamentales.

Ahora bien, «México se ubica en la posición 106 de 177 países en el IPC 2013 elaborado por Transparencia Internacional con una calificación de 34 puntos, lo que lo ubica en ese puesto junto a Argentina, Gabón y Níger. Cayó un lugar, con respecto a 2012, cuando se ubicó en el puesto 105, en la misma medición; sin embargo, entonces participaron 176 países». <sup>32</sup> Y qué tenemos que hacer para resolver esta desagradable noticia respecto de nuestro país; el profesor Robert Klitgard, <sup>33</sup> profesor de la Universidad de Harvard, investigador del tema de la Corrupción con publicaciones al respecto, señala que corrupción es igual al monopolio de la información, excesivas facultades discrecionales de la autoridad y menos transparencia; por lo que si revertimos la fórmula, debemos señalar que la transparencia es el antídoto de los monopolios de la información, que la transparencia obliga a los funcionarios a limitar la facultades discrecionales y por lo tanto a disminuir la corrupción.

Es menester señalar que nada justifica ningún tipo de corrupción o de ineficiencia en el uso de los recursos públicos, por lo que debemos como sociedad estar atentos a luchar en contra de todo tipo de corrupción, se dice que a lo largo de la historia del pensamiento político, se han distinguido dos concepciones antropológicas opuestas, una concepción optimista: los seres humanos son considerados básicamente buenos, porque son capaces de crear, en condiciones de igualdad, una sociedad justa y de superar su propio egoísmo; y la concepción opuesta, o pesimista, que considera que los individuos tienen una naturaleza malvada que en un caso extremo, pueden hasta llegar a provocar el llamado « mal racional», que siguiendo a Kant se entiende como una tendencia siempre presente a dejar de lado los imperativos morales que deberían guiar la conducta humana. <sup>34</sup>

El profesor Robert Klitgard, <sup>35</sup> profesor de la Universidad de Harvard, investigador del tema de la corrupción con publicaciones al respecto, señala que corrupción es igual al monopolio de la información, excesivas facultades discrecionales de la autoridad y menos transparencia; por lo que si revertimos la fórmula, debemos señalar que la transparencia es el antídoto de los monopolios de la información, que la transparencia obliga a los funcionarios a limitar la facultades discrecionales y por lo tanto se disminuye la corrupción; y para el caso de los municipios en el que sus habitantes verifican la información por su cercanía.

<sup>32</sup> <http://www.tm.org.mx/ipc2013> (28 de enero de 2014).

<sup>33</sup> <http://www.dplf.org/uploads/1198187230.pdf>. Técnicas de Investigación sugeridas por el DPLF para el estudio de la Corrupción Judicial en Centro América y Panamá. Página 13. (5 de febrero de 2014).

<sup>34</sup> Garzón Valdés, Ernesto. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. «Restricciones a la Democracia Participativa». Número 31. México. 2011. p. 113.

<sup>35</sup> <http://www.dplf.org/uploads/1198187230.pdf>. *Técnicas de Investigación sugeridas por el DPLF para el estudio de la Corrupción Judicial en Centro América y Panamá*. (2 de marzo de 2014).

Respecto a la historia del derecho de acceso a la información debemos señalar que la primera Ley formal de Acceso a la Información es la Ley para la Libertad de Prensa y del Derecho de Acceso a la Actas Públicas<sup>36</sup> aprobada en Suecia en el año de 1766. Ley vanguardista a su tiempo, siendo su principal impulsor, el sacerdote-diputado, Anders Chydenius, quien se inspiró en China, país modelo para la libertad de prensa.

Según el propio Chydenius, fue en la dinastía de Ch'ing, donde vemos los orígenes de rendición de cuentas por parte del gobierno chino, el propio político sueco señalaba que los emperadores chinos, argumentaron que deberían «admitir sus propias imperfecciones como prueba de su amor por la verdad y de su rechazo a la ignorancia y la oscuridad», frase que debería ser reflexionada por los actuales gobernantes del mundo, ya que ningún gobierno democrático puede existir y sobrevivir sin rendición de cuentas, al pueblo que lo eligió, o sea es el pueblo el que debe contar con la información certera y expedita de toda información pública.

Lo anterior se ha logrado por la participación de la sociedad civil, o sea con las OCS, o anteriormente llamadas ONG (organizaciones no gubernamentales) y la participación de los partidos políticos, quizá para desacreditar a sus contrarios; lo que provoca evidenciar la opacidad de los sujetos obligados incumplidos.

Luigi Ferrajoli,<sup>37</sup> explica que las causas de la corrupción son: la crisis de la democracia y del estado de derecho, ya que son incapaces de orientar su funcionamiento en garantía de los derechos fundamentales de todos, porque existe una divergencia entre la realidad y la Constitución, porque la primera no se ajusta a la norma; la corrupción implica además una perversión de las instituciones del estado, los partidos se transforman en empresas o el gobierno lo hace y las instituciones sociales como la empresa« » o los medios de comunicación asumen sus orientaciones y características que le corresponden al Estado; en otras palabras: la irrupción de nuevas técnicas televisivas de captación del consenso, la confusión entre la esfera pública y privada, la idea del carácter ilimitado del poder mayoritario y la idea del carácter ilimitado de la libertad del mercado.

Y por otro lado, Moisés Naím,<sup>38</sup> señala: El poder, en un enfoque práctico es la capacidad de dirigir o impedir las acciones actuales o futuras de otros grupos e individuos, o sea, el poder es aquel con lo que logramos que otros tengan conductas que, de otro modo, no habrían adoptado, para bien o para mal de la propia comunidad.

Ahora bien, el combate contra la corrupción no es solo un problema ético-moral, se necesita la implementación de medidas objetivas y estructurales, que contenga la selección en el ingreso de los funcionarios basada en los méritos y su capacidad, lo que se

<sup>36</sup> Ackerman, John M. e Irma E. Sandoval. 2005. *Leyes de Acceso a la Información en el Mundo*. Cuadernos de transparencia. 07. IFAI-Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Agosto. México, p. 13.

<sup>37</sup> Ferraioli, Luigi. «El Estado Constitucional de Derecho hoy: modelo y su divergencia de la realidad». *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*. Edición de Perfecto Andrés Ibáñez. Totta. Madrid. 1996. pp. 15 a la 29.

<sup>38</sup> Naím, Moisés. *El fin del poder*. Editorial Debate. México. 2014. p. 38.

llama la profesionalización o el verdadero servicio de carrera, normas claras y precisas de la tramitología, en general un clima de cultura de transparencia de toda la sociedad y en especial los habitantes de cada municipio.

La transparencia es una herramienta de los gobernados y tiene tres objetos, controlar a la Administración Pública, permitir su participación en ella y brindarle un mayor acercamiento respecto a ella; esta es también un arma contra la corrupción ya que promueve la inversión privada al disminuir los costos de transacción en el mercado, produce una mayor confianza de los ciudadanos en sus autoridades públicas y fomenta una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Para que un gobierno se considere democrático debe regir en todo momento el principio de publicidad en sus actos y la transparencia de su administración, o sea la rendición de cuentas para que se cumpla con «La tendencia de la apertura en su contraposición al secreto en la Administración Pública, va siendo fortalecida bajo los parámetros de la transparencia».<sup>39</sup>

Para algunos transparencia y rendición de cuentas son términos sinónimos; pero nosotros señalamos que son términos que se ligan, ya que en la rendición de cuentas existe un sujeto receptor, que está plenamente determinado; y en la transparencia no necesariamente existe ese sujeto receptor, porque se publica la información en medios electrónicos<sup>40</sup> o internet, información que es llamada *de oficio*, sin necesidad de que un sujeto solicite dicha información.

Con la transparencia se contribuye a una óptima fiscalización, ya que no se puede auditar o revisar en forma eficaz algo que no se conoce, lo que favorece a un mejor control sobre el buen funcionamiento de la administración pública, por lo que, también, con la transparencia se logra una relación de confianza entre gobernantes y gobernados, uno de los principales intereses de la política; y en especial los indicadores de gestión de los servicios públicos.

Además, también ha contribuido la globalización económica en la que estamos inmersos, que se ha ampliado a los campos social y cultural. Porque el inversionista necesita que se luche por un Estado de Derecho transparente y que la redición de cuentas sea real, con un sistema de impartición de justicia con credibilidad, son exigencias del propio mercado libre, de la oferta y demanda, temas que se entiende cuando un país lucha para ser más competitivo y mejora las condiciones de vida de sus gobernados, propiciando más fuentes de trabajo, con la inversión del capital privado nacional o extranjero, para beneficio de todas y todos los habitantes de los municipios.

Para ello, es necesario producir transparencia dentro de las organizaciones públicas y entre los insumos necesarios para su implementación se encuentran la disposición y la

<sup>39</sup> Ríos Estavillo, Juan José. *Derecho a la información en México*. Editorial Porrúa. México. 2003. p. 129.

<sup>40</sup> Fracción V del artículo 6 constitucional.



clasificación adecuada de la información, así como asegurar su calidad, claridad, utilidad y sobre todo una actualización permanente. De esta manera y con el objeto de garantizar la transparencia de las organizaciones públicas, expectativa social de todas las personas, es necesario constituir relaciones de cooperación y coordinación de manera institucional en el ámbito de las competencias, con la finalidad de establecer instancias, criterios y procedimientos institucionales necesarios para dar a conocer la información pública, a través de la actualización y capacitación permanente en la materia.

Entonces, la construcción de la democracia implica una necesidad de crear instituciones fuertes que den soporte al Estado de Derecho, pero además, se necesita crear o fomentar procesos pedagógicos en torno a la democratización de la gestión gubernamental, tanto a los gobernados como a los funcionarios del gobierno; además se trata de un proceso de doble vía: es un derecho del ciudadano que debe ejercerse y una obligación gubernamental que hay que vigilar, en lo que llamamos el derecho de acceso a la información pública.

Como ya hemos mencionado, la transparencia y la rendición de cuentas, van de la mano, toda rendición de cuentas es transparencia, más no toda transparencia es rendición de cuentas, desde el punto de vista del manejo del erario o dinero público, y en especial el presupuesto municipal.

Una vez experimentado el régimen democrático, nace el concepto de «rendición de cuentas» como un mecanismo de control de los gobernantes, por medio del cual la ciudadanía puede hacerse partícipe de una sociedad más responsable, ya que los recursos públicos son de la sociedad y no patrimonio particular de nadie, debido a que la alternancia el poder no es suficiente para garantizar un Gobierno responsable, insistiendo que se observa con mayor claridad en el gobierno municipal.

Ahora bien, una verdadera democracia debe garantizar un ejercicio eficiente y transparente del gasto público, a través de la rendición de cuentas, por lo que no solo basta con el sentido de responsabilidad de los gobernantes ni la exigencia de la ciudadanía por conocer en que son gastados los recursos públicos.

El concepto de rendición de cuentas puede definirse como la obligación de los gobernantes de responder por los actos, así los gobernantes deben abrirse a la inspección pública, explicar y justificar sus actos y deben estar supeditados a las acciones en caso de incurrir en faltas a la legalidad. En otras palabras, no es otra cosa más que control del poder.

A través de la rendición de cuentas el gobierno garantiza a la ciudadanía que el gasto público es utilizado de la mejor manera posible, para ello es necesaria la elaboración de presupuestos más conscientes que los hechos años atrás por los gobiernos irresponsables que derrochaban de forma desmedida el gasto público sin dar cuentas del ejercicio de este.

Es de hacer notar que la rendición de cuentas no solo resulta ser un mecanismo que sirve para que los gobernados conozcan en qué son gastados los recursos públicos, sino

que además coadyuva al propio gobierno a tener una visión más completa de la evaluación de avance en su plan de desarrollo.

### Porque

en los Estados democráticos es esencial que la colectividad participe en la toma de decisiones gubernamentales. A su vez, el gobierno le debe lealtad y transparencia en las gestiones. Una manera de cumplir con estas es rindiéndole y permitiéndole acceder a la información que cada individuo requiera a lo público. Debe entenderse por «lo público» aquellos que cualquiera puede conocer, lo no oculto, lo accesible. Las personas que forman parte del gobierno tienen, entre otras, la obligación fundamental de proporcionar todo tipo de información que sea relevante, y de interés para los gobernados y que estos la soliciten, en ocasiones teniendo que acreditar el interés jurídico y en otras no. Pero más allá de que la soliciten, el gobierno debe poner a disposición de los ciudadanos la información de su gestión para la transparencia, así es como el Estado tiene diversas obligaciones en el ejercicio del derecho a la información».<sup>41</sup>

«La libertad de información ha sido reconocida no solo como un elemento crucial para una democracia participativa, de transparencia y buen gobierno, sino también como un derecho humano fundamental».<sup>42</sup> El derecho a la libertad de información se relaciona, principalmente con el derecho de acceso a la información en manos de organismos públicos, ya que es menester señalar que los organismos públicos no poseen la información en beneficio propio, sino de todos los individuos, gobernados o no de dicho ente gubernamental, o sea, cualquier persona física o moral de cualquier parte del mundo posee el derecho a la libertad de la información.

El derecho a la información, podemos esquematizarlo, como sigue:

#### A) El derecho a atraerse información

1. Acceso a los archivos, registros y documentos públicos
2. Decisión de qué medio se lee, se escucha o se contempla.

#### B) El derecho a informar

1. La libertad de expresión y la de imprenta
2. El derecho de constitución de sociedades y empresas informativas.

#### C) El derecho a ser informado con

1. Información objetiva y oportuna.
2. Información completa, es decir, el derecho a enterarse de todas las noticias
3. Información universal, la información es para todas las personas sin exclusión alguna.

#### D) El derecho a la verdad

1. Recibir información certera.

<sup>41</sup> Junco Esteban, María Luisa. *Op. cit.* p. 16.

<sup>42</sup> Mendel, Toby. 2003. *Derecho comparado de la información*. Número 1. Enero-junio. IFAI. México. p. 41.

2. Contar con formas para verificar la información.
3. Informarse sobre situaciones completamente investigadas.

Este derecho comprende, el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas, acceder a los archivos y toda clase de documentos públicos, y a recibir información objetiva y oportuna, de forma expedita y sobre todo verdadera.

Como es de observarse, el derecho a la libertad de información involucra no nada más el derecho pasivo de tener acceso a documentos mediante solicitud, sino que incluye el siguiente elemento: una obligación de los Estados y de los municipios, de dar publicidad y de diseminar información clave, importante y de interés general, a disposición de todos, utilizando para ello las nuevas tecnologías; o sea la red de redes, la internet.

Además, por otro lado, tenemos que el derecho de acceso a la información tiene tres dimensiones. La primera es una dimensión informativa, que consiste en dar explicaciones o transparencia a hechos y documentos. La dimensión argumentativa, o sea, transparencia de razones. Por último, la dimensión sancionadora, que consisten en hacer valer la ley; asegurar el cumplimiento de la norma con la imposición de sanciones.

Es preciso señalar, que la información es uno de los recursos más poderosos que puede tener la sociedad, ya que más información es sinónimo de una mayor capacidad de acción, de argumentos más fuertes y de mejores instrumentos para criticar, proponer y mejorar las acciones de las organizaciones gubernamentales que definen el rumbo de nuestra vida pública, pero sin olvidar la protección de la información no pública, clasificada como confidencial, la cual debe proteger la vida privada y los datos personales.

Ahora, bien, debemos de señalar otro aspecto del derecho a la información, es el derecho a la verdad. Los entes públicos tiene la obligación de asegurar que los individuos, o sea toda persona física o moral, conozca la verdad, respecto de casos serios de violaciones a derechos humanos, así como cualquier otra situación social extrema; aunque tal situación pudiera tener un costo político en contra de las mismas instituciones, en esos casos no será suficiente que las autoridades permitan el acceso a los archivos, ni publicar documentos clave, sino es el Estado el que debe asegurar que dichas situaciones son completamente investigadas y que los resultados serán conocidas públicamente al tiempo en que se realiza la propia investigación.

El derecho a la información es objeto de muchas definiciones, a continuación analizaremos una de ellas:

Derecho a la información y derecho de acceso a la información pública no son sinónimos. No al menos en estricto sentido, como se ha querido apuntar en algunos foros en México donde identificar conceptos se ha convertido en un problema adicional al reto de avanzar en materia de legislación democrática. Aclaremos las cosas. El derecho a la información tiene múltiples vertientes que escapan al derecho de acceso a la información pública, pero este derecho es una parte fundamental

del derecho a la información sin ser él mismo. En la ciencia del derecho, particularmente en aquellas disciplinas que se encuentran en proceso de formación y reconocimiento, no es fácil distinguir con claridad meridiana el alcance de distintos conceptos que —por ser utilizados en el lenguaje cotidiano—, pueden tener tantos significados que nos recuerda la célebre obra de *Alicia en el país de las maravillas* en cuyo mundo cada palabra tiene el significado que le quiere ofrecer la protagonista. Eso, sin embargo, no debe pasar en la ciencia del derecho porque vulnera el principio de seguridad jurídica y desvanece el papel de la doctrina y de la certeza legal. Es por esa razón que la definición de conceptos y la diferenciación entre vocablos que tienen elementos relacionados entre sí, pero no significan exactamente lo mismo, se antoja un punto de partida necesario para comprender de qué se habla cuando se refiere a la noción de derecho de acceso a la información pública.<sup>43</sup>

Así lo ha entendido acertadamente la Corte Constitucional de Colombia, cuya sala quinta de revisión asentó:

El derecho a la información es de doble vía, característica trascendental cuando se trata de definir su exacto alcance: no cubija únicamente a quien informa (sujeto activo) sino que cubre también a los receptores del mensaje informativo (sujetos pasivos), quienes pueden y deben reclamar de aquel, con fundamento en la misma garantía constitucional, una cierta calidad de la información. Esta debe ser, siguiendo el mandato de la misma norma que reconoce el derecho «veraz e imparcial». Significa ello que no se tiene simplemente un derecho a informar, pues el Constituyente ha calificado ese derecho definiendo cuál es el tipo de información que protege. Vale decir, la que se suministra desbordando los enunciados límites —que son implícitos y esenciales al derecho garantizado— realiza antivalores (falsedad, parcialidad) y, por ende, no goza de protección jurídica; al contrario, tiene que ser sancionada y rechazada porque así lo impone un recto entendimiento de la preceptiva constitucional.<sup>44</sup>

El derecho de acceso a la información es la prerrogativa de la persona para acceder a datos, registros y todo tipo de informaciones en poder de entidades públicas o sujetos obligados y entidades privadas u otros sujetos obligados que ejercen gasto público, o funciones de autoridad, siempre que constituya un acto administrativo.

También «es la prerrogativa que tiene cualquier persona física o moral, nacional o extranjera, de acceder a la información pública gubernamental, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, y sin más limitaciones que las expresamente previstas en la Ley».<sup>45</sup>

De las anteriores podemos señalar que el derecho de acceso a la información es la prerrogativa de la persona física o moral, nacional o extranjera para acceder a datos, re-

<sup>43</sup> Villanueva, Ernesto. *Derecho de acceso a la información y organización ciudadana en México*. Biblioteca Jurídica Virtual. Publicaciones periódicas. Derecho comparado de la información. Número 1. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/1/cnt/cnt6.htm> (2 de marzo de 2014).

<sup>44</sup> Id.

<sup>45</sup> <http://www.catazaja.gob.mx/transparencia.html> (2 de marzo de 2014).

gistros y todo tipo de informaciones, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, y sin más limitaciones que las expresamente previstas en la Ley, en poder de toda clase de entidades públicas y de los entes privados que ejercen gasto público, o ejercen funciones de autoridad, llamados sujetos obligados, con las excepciones taxativas que establezca la ley en una sociedad democrata.

Ahora bien, al respecto debemos señalar como antecedente «el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al establecer que todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión. Este precepto marca el contenido del derecho a la información».<sup>46</sup>

Después de expuestas estas definiciones nos aventuramos a conceptualizar el derecho a la información como aquel que faculta al gobernado a recibir, acceder, investigar y difundir la información en poder de las entidades públicas relacionada con el gasto de la cuenta pública.

Existen tres facultades inmersas del derecho a la información, la de recibir, la de investigar y la de difundir la información, precisando que la primera de las facultades consiste en la obtención, recepción y difusión de la información; la segunda de ellas explica que debe entenderse como la facultad atribuida al individuo para acceder directamente a las fuentes de información; y por último al referirse a la tercera comenta que se trata del derecho del ciudadano a la libre difusión de opiniones e informaciones que se encuentren en su poder.

El propósito de derecho a la información es ordenar los instrumentos, técnicas y medios de la información para ponerlos al servicio de la comunidad, de modo que cumplan con su finalidad esencial de promover el desarrollo individual y colectivo de la sociedad.

Dentro del campo de la información se encuentran tres sujetos el Estado, medios de comunicación e individuos, que interactúan y se relacionan en el ejercicio del derecho a la información.

En realidad los medios de comunicación son el conducto a través de cual fluye la información, no son en sí un sujeto más en el ejercicio del derecho en estudio. A pesar de estos actores, el derecho a la información es muy claro en señalar cuál de ellos son los sujetos obligados, el municipio, o bien los funcionarios a través de los cuales el municipio desempeña su función.

Ahora bien si los sujetos pasivos son los servidores públicos, tenemos a los gobernantes como los sujetos activos de este derecho, son ellos los mandantes y los primeros los mandatarios.

---

<sup>46</sup> Junco Esteban, María Luisa. *Op. cit.* p. 10.

El artículo sexto de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del estado de Nuevo León, señala los sujetos obligados:

- I.- El Poder Ejecutivo de Estado;
- II.- Las Administraciones Públicas Estatal y Municipales, incluyendo a los organismos desconcentrados y descentralizados, las empresas de participación estatal y municipal, los fideicomisos estatales y municipales, incluyendo los fideicomisos constituidos por los organismos descentralizados y demás entidades del sector paraestatal;
- III.- El Poder Legislativo, la Auditoría Superior del Estado y cualquiera de sus órganos;
- IV.- El Poder Judicial y el Consejo de la Judicatura del Estado;
- V.- Los Ayuntamientos;
- VI.- Los Tribunales Administrativos;
- VII.- Los Organismos Públicos Autónomos y Constitucionales Autónomos del Estado, incluyendo a las Universidades e Instituciones de Educación Superior Públicas.

Incluyendo, por supuesto a los ayuntamientos de los municipios. Ahora bien, el artículo séptimo regula las obligaciones de los propios sujetos obligados:

- I.- Documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones;
- II.- Constituir y mantener actualizados sus sistemas de archivo y gestión documental;
- III.- Publicar y mantener en Internet la información a que se refiere el artículo 10 de esta Ley;
- IV.- Tener disponible la información pública de oficio a que se refiere el capítulo tercero de este Título y garantizar el acceso a la información en los términos de esta Ley;
- V.- Establecer los procedimientos necesarios para la clasificación de la información de conformidad con las disposiciones de esta Ley;
- VI.- Asegurar la protección de los datos personales en su posesión;
- VII.- Permitir el acceso de los particulares a sus datos personales, y en su caso ejercer los derechos de rectificación, cancelación u oposición;
- VIII.- Capacitar a los servidores públicos en materia de transparencia, acceso a la información y protección de datos personales en los términos de la legislación aplicable;
- IX.- Cumplir a cabalidad las resoluciones de la Comisión; y
- X.- Las demás que deriven de esta Ley.

Es menester señalar, que el artículo 6 constitucional al establecer en su fracción primera que no cabe ninguna interpretación que no sea la de la máxima publicidad, obliga al Estado y por ende a sus órganos a dar a conocer los procedimientos empleados en la forma de gastar los recursos públicos.

El derecho a la información es aquel que faculta al gobernador a recibir, acceder, investigar y difundir la información en poder de las entidades públicas relacionadas con el gasto de la cuenta pública. En el derecho a la información los sujetos pasivos son los

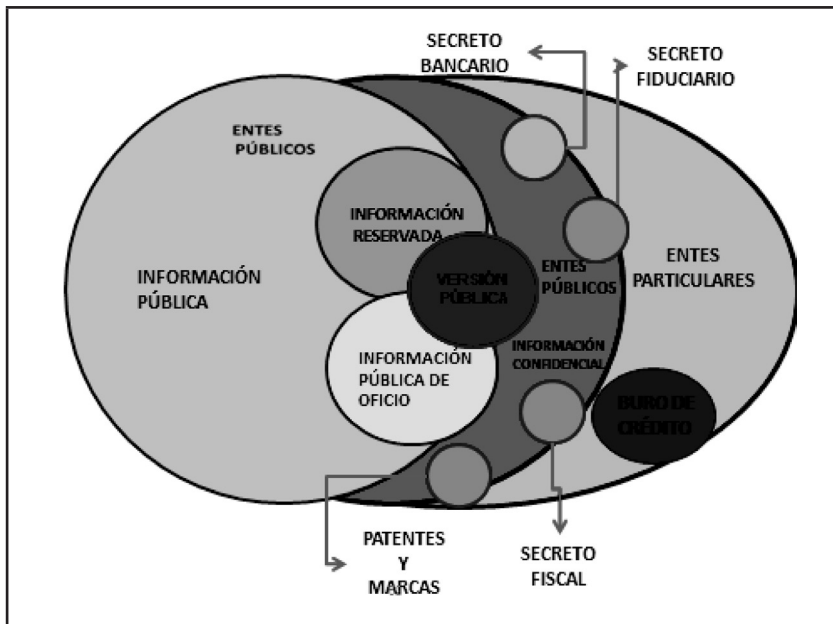
servidores públicos, y los gobernantes son los sujetos activos, son ellos los mandantes y los primeros los mandatarios.

Los servidores públicos son el último eslabón de los sujetos obligados del derecho a la información, porque son las personas físicas a través de las cual el Estado desempeña sus funciones, y ellos como la cara de los sujetos obligados a este derecho, tienen la obligación de cumplimentarlo de conformidad con lo establecido en las leyes que lo protegen.

Entonces, el derecho al acceso a la información pública es la prerrogativa que tiene toda persona para acceder y examinar los datos y registros públicos que se encuentran en poder de las Autoridades, salvo que la información cuente con algún tipo de clasificación, como lo analizaremos en el tema de tipos de información.

### III. TIPOS DE INFORMACIÓN

Ahora bien, para entender el derecho de acceso a la información, se realiza la siguiente clasificación que podemos esquematizar como sigue:<sup>47</sup>



Se define al género información, como el contenido en los documentos que los sujetos obligados generan, obtengan, adquieran, transformen o conservan por cualquier título.

<sup>47</sup> Elaboración propia.

Por información pública se entiende toda aquella que, en ejercicio de las facultades de los sujetos obligados, se encuentre en su posesión y se contenga en los documentos que estos generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título, conforme a las leyes de transparencia y específicamente a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del estado de Nuevo León.

Entendemos por información pública de oficio, como aquella que los sujetos obligados deben difundir al público, a través de la red mundial de información conocida como internet. Además, existe otra modalidad información que el artículo 20 señala, que a pesar de que es potestativa su publicación en internet como tal, según sea la disposición del sujeto obligado, determina que será información pública de oficio, para los efectos del término de entrega, ya que la información pública de oficio debe entregarse en un término de tres días después de que el peticionario compruebe el pago de los derechos. Es menester señalar que el término de respuesta de la información pública o de las versiones públicas será de 10 días hábiles, contados a partir de la solicitud de acceso a la información.

Por información reservada se deberá entender la información pública temporalmente restringida al acceso público, por las razones que la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León, con su prueba de daño, sin exceder de siete años en reserva.

Información confidencial, se define como aquella que en virtud de su naturaleza jurídica no es pública, incluyéndose en esta la relacionada con los datos personales, con la propiedad industrial, los derechos de autor, así como de los otros derechos de propiedad intelectual, que se encuentran, en poder de los sujetos obligados, entre otros supuestos.

Una vez, aclarados los tipos de información, debemos señalar que los procedimientos de acceso a la información se regirán por los principios de máxima publicidad, disponibilidad, simplicidad y rapidez, gratuidad del procedimiento, costo razonable de reproducción de la información, suplencia de las deficiencias de las solicitudes, y auxilio y orientación a los particulares.<sup>48</sup>

Ahora bien, cabe destacar que en ningún caso la entrega de la información estará condicionada a que el solicitante, motive o justifique la causa de su solicitud, ni que el propio solicitante, demuestre interés alguno; y además, la autoridad deberá de suplir las deficiencias de las solicitudes y están obligados a auxiliar y orientar a los solicitantes que no sepan, leer o escribir, hablen una lengua indígena o pertenezcan a grupos vulnerables, o bien cuando no sepan que documentos contienen la información que buscan, o de su interés.

Por otro lado la propia legislación en vigor, señala que las solicitudes de acceso a la información podrán formularse verbalmente, vía telefónica, escrito libre, a través de for-

---

<sup>48</sup> Artículo 113 LTAINL.



matos que el sujeto obligado deberá proporcionar o por medios electrónicos, que podrá ser por medio de un correo electrónico o crearse un sistema electrónico.<sup>49</sup>

Otro aspecto importante es que la solicitud deberá hacerse en términos respetuosos y contendrá:

- El nombre del solicitante de la información.
- El sujeto obligado a quien se dirija.
- La descripción de la información que se solicita anexando en su caso cualquier dato que facilite su localización.
- La dirección para recibir la información solicitada o las notificaciones que correspondan. Las notificaciones podrán hacerse a través de medios electrónicos, si así lo autoriza el solicitante.
- La modalidad en la que refiere se otorgue el acceso a la información, la cual podrá ser mediante consulta directa, copias simples, certificadas, u otro tipo de medio electrónico.
- El sujeto obligado podrá entregar la información en la modalidad distinta a la solicitada cuando exista causa justificada, debiendo fundar y motivar dicha justificación.<sup>50</sup>

Por otro lado, cuando la información solicitada no es competencia del sujeto obligado, este deberá comunicarlo al solicitante, y en su caso orientarlo sobre la autoridad competente, o bien remitir la solicitud a quien corresponda en un plano no mayor a cinco días, por lo que se tendrá como fecha de presentación, la que corresponda a la recepción de la solicitud del sujeto obligado competente.<sup>51</sup>

El plazo o mejor dicho los plazos para la entrega de la información solicitada serán: tres días para el caso de información pública de oficio<sup>52</sup> y diez días para toda la demás información.

Cabe señalar, respecto a la información pública de oficio, que se enlista en el artículo 10 y en los correspondientes para:

- Artículo 11, el Poder Ejecutivo.
- Artículo 12, el Poder Legislativo.
- Artículo 13, el Poder Judicial.
- Artículo 14, las Administraciones públicas municipales.
- Artículo 16, las Autoridades electorales.
- Artículo 17, la Comisión Estatal de Derechos Humanos.
- Artículo 18, las Universidades e Instituciones de Educación Superior.
- Artículo 19, la Comisión de Transparencia y Acceso a la Información.

---

<sup>49</sup> Artículo 116.

<sup>50</sup> Artículo 113 LTAINL.

<sup>51</sup> Artículo 119.

<sup>52</sup> Capítulo Tercero. Artículos del 9 al 27.

Y lo establecido en el artículo 20, por lo que los sujetos obligados tendrán obligación de entregar en un plazo no mayor a tres días la información pública de oficio, es decir la enlistada en los artículos 10 y 20, y su correspondiente caso particular, ya enlistado.

Ahora bien, el plazo de diez días, o sea la no información pública de oficio, podrá prorrogarse por un periodo igual cuando no sea posible dar respuesta en dicho término. El sujeto obligado deberá comunicar al solicitante, antes del vencimiento del plazo, las razones por las cuales hará uso de la prórroga. No podrán invocarse como causales de ampliación del plazo motivos que supongan negligencia o descuido del sujeto obligado en el desahogo de la solicitud.<sup>53</sup>

Por último, respecto al tema de acceso a la información, debemos señalar que la nueva ley regula el procedimiento de inconformidad como el recurso del solicitante para el caso de negación o no respuesta a su solicitud de acceso a la información.

«El procedimiento de inconformidad podrá interponerse, de manera directa o por medios electrónicos, ante la Comisión o ante el sujeto obligado que haya conocido del asunto, en este último caso se deberá notificar de manera inmediata y por cualquier medio a la Comisión sobre la interposición del procedimiento y remitir el documento dentro de los tres días hábiles siguientes de haberlo recibido».<sup>54</sup>

El procedimiento de inconformidad procede por cualquiera de las siguientes causas:

- La negativa de acceso a la información.
- La declaración de inexistencia de información.
- La clasificación de información como reservada o confidencial.
- La entrega de información en una modalidad distinta a la solicitada o en un formato incomprensible.
- La inconformidad con los costos o tiempos de entrega de la información.
- La información que se entregó sea incompleta o no corresponda con la solicitud.
- La inconformidad con las razones que motivan una prórroga.
- La negativa de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales.
- El tratamiento inadecuado de los datos personales.
- La negativa ficta.
- El desechamiento de la solicitud de acceso en los términos de los artículos 108 y 112 de la presente Ley.
- La declaración de incompetencia de un sujeto obligado.<sup>55</sup>

Es evidente el avance de la Ley, pero estamos conscientes que estos nuevos derechos fundamentales y específicamente del derecho de acceso a la información debe tener la difusión necesaria para el beneficio de todos, porque la información pública es de todos.

<sup>53</sup> Artículo 116 LTAI NL.

<sup>54</sup> Artículo 124 LTAI NL.

<sup>55</sup> Artículo 125 LTAI NL.

Y a *contrario sensu*, los datos personales deben ser privados y por lo tanto protegidos por la Ley; por lo que, se entiende por información confidencial, aquella información relativa a las personas y sus datos personales y protegidos por el derecho fundamental de la privacidad. Pero la gran diferencia entre la información reservada y confidencial es que la información confidencial nunca será pública.

Ahora bien, uno de los límites clásicos del Derecho de Acceso a la Información es, sin duda el derecho a la vida privada o a la intimidad, también es considerado como derecho humano, «ya que es inherente a la persona y no puede ser limitado por la ley, independientemente del sistema jurídico que prive en determinado lugar».<sup>56</sup>

La información concerniente a una persona física, identificada o identificable, como lo es la relativa a su origen étnico o racial, o que este referida a las características físicas, morales o emocionales, a su vida afectiva y familiar, a su vida económica y patrimonio personal y familiar, domicilio, número telefónico, ideología y opciones políticas, creencias o convicciones religiosas o filosóficas, los estados de salud físicos o mentales, las preferencias sexuales u otras análogas que afecten a su intimidad.

Las características del derecho a la intimidad, con la debida protección de datos personales se resumen en<sup>57</sup> que es un derecho esencial del individuo, intrasmisible, irrenunciable, imprescriptible e inembargable.

Los procedimientos para acceder a los datos personales que estén en posesión de las dependencias y entidades deben garantizar la protección de los derechos de toda persona, en particular, a la vida privada y a la intimidad; así como al acceso, seguridad, protección y corrección de los datos personales, o mejor dicho de arco, acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos personales.

El derecho a la vida privada o a la intimidad personal es el límite del derecho de acceso a la información pública, y consiste en la prerrogativa que tenemos los individuos para no ser interferidos o molestados, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente decidamos mantener fuera del conocimiento público.

La materialización de ese derecho ocurre al momento de proteger del conocimiento ajeno al hogar, la oficina o ámbito laboral, los expedientes médicos, legales y personales, las conversaciones o reuniones privadas, la correspondencia por cualquier medio, la intimidad sexual, la convivencia familiar o afectiva y todas aquellas conductas que se llevan a efecto en lugares no abiertos al público.

<sup>56</sup> Mirón Reyes, Jorge Antonio. 2006. *Derecho Comparado de la Información. Ataques a la vida privada y a la intimidad frente al derecho de acceso a la información*. Op. Cit. p. 46.

<sup>57</sup> Id.

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León<sup>58</sup> define los datos personales como «la información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a una persona física identificada o identificable, relativa al origen étnico o racial, las características físicas, morales o emocionales, a la vida afectiva y familiar, domicilio particular, número telefónico particular, cuenta personal de correo electrónico, patrimonio personal y familiar, ideología y opiniones políticas, creencias, convicciones religiosas o filosóficas, estados de salud físico o mental, las preferencias sexuales, la huella digital, ácido desoxirribonucleico (ADN), fotografía, número de seguridad social, y toda aquella que permita la identificación de la misma». Y el título segundo regula, en sus capítulos, lo referente a la protección de los datos personales.

Ahora, después de la reforma constitucional, el artículo 6 regula:

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: i. Toda información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y solo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. ii. *La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y las excepciones que fijen las leyes*<sup>59</sup>. iii. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de estos. iv. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales. Y con autonomía operativa, de gestión y de decisión. v. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos. vi. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales. vii. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en términos que dispongan las leyes.

Por otro lado, como señala Carbonell, «por primera vez la Constitución menciona expresamente al «derecho de acceso a la información», que es una especie del genérico derecho a la información».<sup>60</sup>

Ahora bien, cabe señalar que respecto a las comunicaciones, el propio artículo 16 regula:

<sup>58</sup> Ley aprobada en Decreto número 256, el día 30 de junio de 2008 y publicada en el Periódico Oficial del Estado el 19 de julio de 2008.

<sup>59</sup> Las cursivas son nuestras.

<sup>60</sup> Carbonell, Miguel. *El Régimen Constitucional de la Transparencia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Serie de Ensayos Jurídicos Núm. 33. México. 2008. p. 8.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad [sic] de las mismas [sic] [estas]. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Asimismo, existen regulaciones que protegen la vida privada y los datos personales: La protección de los datos personales, la privacidad y la intimidad son temas que se están analizando a partir de la nueva sociedad de la información, porque la intimidad entendida como una esfera del individuo en la que este puede desenvolverse sin sufrir injerencia de ninguna especie, es un derecho personalísimo que ha evolucionado a través del tiempo. Ahora bien, el derecho a la intimidad<sup>61</sup> protege una zona espiritual íntima, o sea, un reducto personal y privado frente a posibles agresiones exteriores y frente al conocimiento de los demás, y debe ser garantizado por un poder jurídico sobre la información relativa a una persona o a su familia, imponiendo a terceros y a los propios poderes públicos la obligación de que dichas personas manifiesten su voluntad de no dar a conocer dicha información o, mejor dicho, prohibiendo la difusión de una información no consentida, porque el respeto a la dignidad de la persona es la base fundamental de la protección de datos personales.<sup>62</sup>

Además, la reforma del artículo 16 constitucional agrega un párrafo como sigue:

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.<sup>63</sup>

A partir de la reforma constitucional de julio de 2007, la Constitución señala claramente: «II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será

<sup>61</sup> Fernández Rodríguez, José Julio. 2004. *Lo público y lo privado en Internet*, Intimidad y libertad de expresión en la red, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, No. 154, UNAM, México. pp. 97 a 99.

<sup>62</sup> Diputado Luis Gustavo Parra Noriega. Avances y Retos en la Legislación en materia de Protección de Datos Personales. *Avances y Propuestas Legislativas en materia de Protección de Datos Personales*. 25 de febrero de 2009.  
<http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/210061/515613/file/DIP.%20LUIS%20GUSTAVO%20PARRA%20NORIEGA.ppt> (1 de marzo de 2014).

<sup>63</sup> Diario Oficial de la Federación de fecha 1 de junio de 2009.

protegida en los términos y las excepciones que fijen las leyes». <sup>64</sup> Y además la Constitución del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, también regula: «III.- La información relativa a la vida privada y datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que determine la ley». <sup>65</sup>

Dicha ley reglamentaria del artículo 6 constitucional es de orden público e interés social y regula los derechos fundamentales de acceso a la información y la protección de datos personales.

Por lo que debemos señalar que los sujetos obligados pueden ser cualquier persona y cualquier autoridad, dependencia, unidad administrativa, entidad, órgano u organismo del Estado y Municipios de Nuevo León. Estos tienen la obligación de proteger ambos derechos fundamentales, que son: el derecho de acceso a la información y el derecho de protección de datos personales.

Debemos destacar que la nueva legislación señala la obligación de asegurar la protección de datos personales; permitir al titular o su legítimo representante el acceso y los derechos de rectificación, cancelación u oposición de sus respectivos datos personales; y capacitar a los servidores públicos en materia de protección de datos personales, transparencia y acceso a la información.

Ahora bien, para la protección del derecho de acceso a la información, la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León, con sus siglas: LTAI NL, propone a los sujetos obligados dos tipos de enlaces: el enlace de información <sup>66</sup>, que es el servidor público designado expresamente por los titulares de cualquier sujeto obligado como responsable del trámite de las solicitudes de acceso a la información y las relativas a los datos personales; y el enlace de transparencia <sup>67</sup>, que es el servidor público designado expresamente por los titulares de cualquier sujeto obligado, para dar cumplimiento a la información pública de oficio.

Ambos enlaces tienen facultades expresas en la LTAI NL y las principales obligaciones de los sujetos obligados respecto a la protección de datos personales son:

- Consentimiento <sup>68</sup> expreso del titular, salvo las excepciones que marca el LTAI NL y otras disposiciones, pudiendo utilizarse en su caso formatos escritos y en medios electrónicos.
- Excepciones al consentimiento expreso <sup>69</sup>: cuando se recaben datos para el ejercicio de las atribuciones legales conferidas a los sujetos obligados; cuando se refieran a las

<sup>64</sup> Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de julio de 2007.

<sup>65</sup> Reforma 12 de septiembre de 2007 y publicada en el Periódico Oficial del Estado del 28 de septiembre de 2007.

<sup>66</sup> Artículo 2 LTAI NL.

<sup>67</sup> *Id.*

<sup>68</sup> Artículo 45.

<sup>69</sup> Artículo 46.

partes de un contrato o precontrato; cuando sean necesarios para efectuar un tratamiento para la prevención o para el diagnóstico médico, asistencia sanitaria, siempre que los datos se obtengan por una persona sujeta al secreto profesional; y por último, cuando los datos figuren en fuentes de acceso público.

—Informar al titular de manera expresa y clara <sup>70</sup>

—Aviso de privacidad.<sup>71</sup>

—Excepciones al principio de información previa, por fines históricos, estadísticos o científicos.<sup>72</sup>

Ahora bien, la propia LTAIINL señala las limitaciones respecto a los sistemas de datos personales de los sujetos obligados, y son las siguientes:

—Los sujetos obligados desarrollarán o tendrán sistemas de datos personales solo cuando estos se relacionen directamente con sus facultades o atribuciones, legales o reglamentarias.<sup>73</sup>

—Los datos de carácter personal solo podrán recabarse y ser objeto de tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y la finalidad para las que se hayan obtenido.<sup>74</sup>

—Se deberá garantizar la confidencialidad y solo podrá divulgarse o transmitirse por disposición legal o cuando medie el consentimiento del titular.<sup>75</sup>

—Se deberán adoptar medidas de seguridad de índole técnica y organizativa.<sup>76</sup>

Es importante señalar que los datos personales solo podrán ser recabados, tratados y cedidos por razones de interés general, porque así lo disponga una ley o porque el afectado lo consienta expresamente. Además, quedan prohibidos los sistemas de datos personales creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter general que revelen ideología política o filosófica, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico y preferencias sexuales.

Por otro lado, los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas únicamente podrán ser incluidos en los sistemas de datos personales de los sujetos obligados competentes en los supuestos que así lo autoricen las normas aplicables.

No obstante, podrán ser objeto de tratamiento los datos personales cuando resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeta al secreto profesional o por otra persona sujeta a una obligación equivalente de secreto.

<sup>70</sup> Artículo 47.

<sup>71</sup> Id.

<sup>72</sup> Artículo 48 LTAIINL.

<sup>73</sup> Artículo 49.

<sup>74</sup> Artículo 50.

<sup>75</sup> Artículo 51.

<sup>76</sup> Artículo 52.

También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando sea necesario para salvaguardar la vida o integridad física del interesado o de otra persona, en el supuesto de que el interesado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento.<sup>77</sup>

Los datos personales que hayan sido objeto de tratamiento, deberán ser suprimidos una vez que concluya el plazo de conservación establecido en el catálogo de disposición documental o por las otras disposiciones aplicables. Los datos personales solo podrán ser conservados mientras subsista la finalidad para la cual fueron recabados.

En el caso de que el tratamiento de los datos personales haya sido realizado por una persona distinta al sujeto obligado, el convenio o contrato que dio origen al tratamiento deberá establecer que a su término los datos deberán ser devueltos en su totalidad al sujeto obligado.<sup>78</sup>

Ahora bien, los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los datos personales son derechos independientes, de tal forma que no puede entenderse que el ejercicio de alguno de ellos sea requisito previo o impida el ejercicio de otro. La procedencia de estos derechos, en su caso, se hará efectiva una vez que el interesado o su representante legal acrediten su identidad o representación, respectivamente.<sup>79</sup>

Sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes, solo los interesados o sus representantes podrán solicitar al sujeto obligado correspondiente, que les dé acceso, rectifique, cancele o haga efectivo su derecho de oposición, respecto de los datos personales que le conciernan y que obren en un sistema de datos personales en posesión de los sujetos obligados.<sup>80</sup>

Si se niega al interesado, total o parcialmente el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación, o a falta de respuesta a su solicitud dentro del término legal, este podrá interponer el procedimiento de inconformidad previsto en el capítulo segundo del Título Cuarto de la Ley.<sup>81</sup>

La Ley de Transparencia y acceso a la Información del Estado de Nuevo León, conceptualiza términos<sup>82</sup> como:

—Bloqueo, que es la conservación de datos personales una vez cumplida la finalidad para la que fueron recabados, con el único propósito de determinar posibles responsabilidades en relación con su tratamiento, hasta el plazo de prescripción de estas. Durante dicho periodo, los datos personales no podrán ser objeto de tratamiento y transcurrido este, se procederá a su supresión.

---

<sup>77</sup> Artículo 53 LTAINL.

<sup>78</sup> Artículo 54.

<sup>79</sup> Artículo 55 LTAINL.

<sup>80</sup> Artículo 63.

<sup>81</sup> Artículo 69.

<sup>82</sup> Artículo 44.



—Consentimiento, toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le concierne.

—Disociación, que es el procedimiento mediante el cual los datos personales no pueden asociarse al interesado ni permitir, por su estructura, contenido o grado de desagregación, la identificación del mismo.

—Encargado, aquel servidor público o cualquier otra persona física o moral facultada por un instrumento jurídico o expresamente autorizado por el responsable para llevar a cabo el tratamiento físico o automatizado de los datos personales.

—Interesado, la persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento.

—Responsable, el servidor público titular de la unidad administrativa responsable de las decisiones sobre el tratamiento físico o automatizado de datos personales, así como el contenido y finalidad de los sistemas de datos personales.

—Tratamiento de datos personales, es cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas mediante procedimientos automatizados o físicos y aplicadas a datos personales, como la obtención, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción.

—Transmisión, toda comunicación o cesión de datos personales a una persona distinta del interesado, por lo que hay que señalar que no se considerará como tal la efectuada por el responsable al encargado de los datos personales.

Es importante señalar que respecto al consentimiento en el tratamiento de datos personales es requisito contar con el consentimiento expreso del titular, salvo las excepciones que marcan la LTAIINL y otras disposiciones. Ahora bien, el consentimiento podrá ser revocado, cuando exista causa justificada y no se le atribuyen efectos retroactivos.

Por lo que, los sujetos obligados no podrán difundir o transmitir los datos personales contenidos en los sistemas de datos desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que haya mediado el consentimiento expreso de los interesados a que haga referencia la información. Y además deberán contar con los formatos necesarios para recabar dicho consentimiento, pudiendo utilizarse en su caso medios electrónicos.

No es necesario el consentimiento del interesado en la obtención de los datos personales cuando:

- i. Se recaben para el ejercicio de las atribuciones legales conferidas a los sujetos obligados;
- ii. Se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación de negocios, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento;
- iii. Sean necesarios para efectuar un tratamiento para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por una persona sujeta al secreto profesional u obligación equivalente; o

iv. Los datos figuren en fuentes de acceso público y se requiera su tratamiento.<sup>83</sup>

Los sujetos obligados que soliciten datos personales deberán informar al interesado de manera expresa y clara lo siguiente:

- i. Que sus datos se incorporarán a un sistema de datos personales, la finalidad y los destinatarios;
- ii. El carácter de la entrega de los datos personales, si es obligatorio o facultativo;
- iii. Las consecuencias de la negativa a suministrarlos;
- iv. La posibilidad de que estos datos sean transmitidos, en cuyo caso deberá constar el consentimiento expreso de la persona;
- v. La posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; y
- vi. El cargo y dirección del responsable.<sup>84</sup>

Cuando se utilicen cuestionarios u otros medios impresos para la obtención de datos, deberán figurar en estos documentos, en forma claramente legible, las advertencias anteriores. Ahora bien, también se señala que no será necesaria la información a que se refieren las fracciones I, III, IV y V, si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se obtienen.

Si los datos personales no hayan sido obtenidos del interesado, el responsable del sistema de datos personales deberá dar a conocer el aviso de privacidad, a través de mecanismos impresos, sonoros, visuales, electrónicos o cualquier otro, dentro de los tres meses siguientes al momento del registro de los datos, salvo que exista constancia que el interesado ya fue informado.

Lo anterior no será aplicable cuando expresamente una ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos, o bien si la información resulta imposible de dar a conocer o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la autoridad competente en la materia, en consideración al número de titulares, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias.

El responsable deberá garantizar el manejo confidencial de los datos personales, por lo que no podrán divulgarse o transmitirse salvo por disposición legal, o cuando medie el consentimiento del titular.

El sujeto obligado deberá adoptar las medidas de índole técnico y organizativo necesarias que garanticen la seguridad de los datos personales y eviten su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado. Dichas medidas serán adoptadas en relación con el menor o mayor grado de protección que ameriten los datos personales.

<sup>83</sup> Artículo 46 LTAJNL.

<sup>84</sup> Artículo 47 LTAJNL.

Los responsables solo podrán transmitir los sistemas de datos personales a terceros particulares siempre y cuando se estipule, en el contrato respectivo, la obligación del tercero de aplicar las medidas de seguridad y custodia previstas en la LTAINL, así como la imposición de penas convencionales por su incumplimiento.

El interesado, en los términos previstos en esta ley, tendrá derecho a acceder, solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, a conocer el origen de dichos datos, así como las transmisiones realizadas o que se prevean hacer de los mismos.

El titular de los datos personales o interesado tendrá derecho a rectificar sus datos personales cuando sean inexactos o incompletos, siempre que tal rectificación no sea imposible o exija esfuerzos desproporcionados, a criterio de la autoridad competente en la materia.

El interesado tendrá derecho a cancelar sus datos personales cuando:

I.- El tratamiento de los mismos no se ajuste a lo dispuesto por la ley, sus Reglamentos o los Lineamientos respectivos; o

II.- Hubiere ejercido el derecho de oposición y este haya resultado procedente.

La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de los sujetos obligados, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de estas para que una vez que se haya cumplido el mismo se proceda a su supresión, en términos de la normativa aplicable.

Si los datos personales hubieran sido transmitidos con anterioridad a la rectificación o cancelación, el responsable del tratamiento deberá notificarlo dentro de los treinta días siguientes a quien se hayan transmitido, quien deberá también proceder a la rectificación o cancelación.

El titular de los datos personales o interesado tendrá derecho a oponerse al tratamiento de sus datos personales, en el supuesto de que estos se hubiesen recabado sin su consentimiento, cuando existan motivos fundados para ello y la ley no disponga lo contrario. De actualizarse tal supuesto el responsable deberá excluir del tratamiento los datos relativos al interesado.

Los datos de carácter personal deberán ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables. Si no hubiere disposición expresa en la normativa aplicable, el plazo será el que establezca el catálogo de disposición documental para la serie correspondiente.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Catálogo señalado en el artículo 62 de LTAINL.

La solicitud de acceso, rectificación, cancelación u oposición deberá contener:

- I. El nombre del solicitante y domicilio u otro medio para recibir notificaciones, como el correo electrónico, así como los datos generales de su representante, en su caso;
- II. La descripción clara y precisa de los datos personales respecto de los que se busca ejercer alguno de los derechos antes mencionados;
- III. Cualquier otro elemento que facilite la localización de la información; y
- IV. Opcionalmente, la modalidad en la que prefiere se otorgue el acceso a sus datos personales, la cual podrá ser mediante consulta directa, copias simples, certificadas o cualquier otro medio.

En el caso de solicitudes de rectificación de datos personales, el interesado deberá indicar además de los señalados en el artículo 66, las modificaciones a realizarse y aportar la documentación que sustente su petición.

Tratándose de solicitudes de cancelación, la solicitud deberá indicar si revoca el consentimiento otorgado.

En el caso de las solicitudes de oposición deberá manifestar los motivos fundados para tal determinación.

«Si se niega al interesado, total o parcialmente el ejercicio de los derechos de oposición, acceso, rectificación o cancelación, o a falta de respuesta a su solicitud dentro del término legal, este podrá interponer el procedimiento de inconformidad previsto en el Capítulo Segundo del Título Cuarto de LTAIINL».<sup>86</sup>

Respecto a los niveles de seguridad de datos personales,<sup>87</sup> la LTAIINL señala que los sujetos obligados deberán elaborar un documento que establezca las medidas de seguridad físicas, técnicas y administrativas adoptadas para cada sistema de datos personales que posean, las cuales garanticen el nivel de seguridad adecuado, de conformidad al tipo de datos contenidos en dichos sistemas y con base en los estándares internacionales de seguridad.

El documento de seguridad deberá incluir el nombre y cargo de los servidores públicos que intervienen en el tratamiento de datos personales con el carácter de responsable y encargado, en su caso. En el supuesto de actualización de estos datos, la modificación respectiva deberá notificarse a la Comisión de Transparencia y Acceso a la Información dentro de los diez días siguientes a que se efectuó.

Las medidas de seguridad deberán establecerse atendiendo a la siguiente clasificación:<sup>88</sup>

A los sistemas de datos personales que contienen alguno de los datos que se enuncian a continuación deberán aplicarse las medidas de seguridad de *nivel básico*:

---

<sup>86</sup> Artículo 69.

<sup>87</sup> Artículo 78 LTAIINL.

<sup>88</sup> Artículo 79.

*Datos de identificación.* Nombre, domicilio, número de teléfono particular, número de teléfono celular, dirección de correo electrónico, estado civil, firma, firma electrónica, Registro Federal de Contribuyentes, Clave Única de Registro de Población, cartilla militar, lugar y fecha de nacimiento, nacionalidad, edad, nombres de familiares dependientes y beneficiarios, fotografía, idioma o lengua, entre otros.

*Datos laborales.* Documentos de reclutamiento y selección, de nombramiento, de incidencia, de capacitación, puesto, domicilio de trabajo, correo electrónico institucional, teléfono institucional, actividades extracurriculares, referencias laborales, referencias personales, entre otros.

Los sistemas de datos personales que contengan alguno de los datos que se enuncian a continuación, además de cumplir con las medidas de seguridad de nivel básico, deberán observar las identificadas con *nivel medio*:

*Datos patrimoniales.* Bienes muebles e inmuebles, información fiscal, historial crediticio, ingresos y egresos, cuentas bancarias, seguros, afores, fianzas, servicios contratados, referencias personales relacionadas con servicios financieros, entre otros.

*Datos sobre procedimientos jurisdiccionales o administrativos seguidos en forma de juicio.* Información relativa a una persona que se encuentre sujeta a un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio o jurisdiccional en materia laboral, civil, penal o administrativa.

*Datos académicos.* Trayectoria educativa, títulos, cédula profesional, certificados y reconocimientos, entre otros.

*Datos sobre tránsito y movimientos migratorios.* Información relativa al movimiento de las personas dentro y fuera del país e información migratoria de las personas, entre otros.

Los sistemas de datos personales que contengan alguno de los datos que se enuncian a continuación, además de cumplir con las medidas de seguridad de nivel básico y medio, deberán observar las identificadas con *nivel alto*.

*Datos ideológicos y religiosos.* Creencia religiosa, ideología, afiliación política y/o sindical, pertenencia a organizaciones de la sociedad civil y/o asociaciones religiosas, entre otros.

*Datos de salud.* Estado de salud, historial clínico, alergias, enfermedades, información relacionada con cuestiones de carácter psicológico y/o psiquiátrico, incapacidades médicas, intervenciones quirúrgicas, vacunas, consumo de sustancias tóxicas, uso de aparatos oftalmológicos, ortopédicos, auditivos, prótesis, entre otros.

*Características personales.* Tipo de sangre, ADN, huella digital, u otros análogos.

*Características físicas.* Color de piel, color de iris, color de cabello, señas particulares, estatura, peso, complexión, discapacidades, entre otros.

*Vida sexual.* Preferencia sexual, hábitos sexuales, entre otros.

*Origen.* Datos sobre el origen étnico y racial.

Ahora bien, los sujetos obligados al tratar sistemas de datos deberán de observar los siguientes principios<sup>89</sup>: consentimiento, información previa, (respecto a la finalidad de los ficheros a los titulares), licitud, calidad de la información, confidencialidad, seguridad, garantizar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, y contar con una autoridad independiente de control.<sup>90</sup>

El principio del consentimiento es el eje fundamental a partir del cual se ha construido el derecho a la protección de los datos personales, y conlleva la idea de la autodeterminación informativa. Implica que todo tratamiento de datos personales requiere ser autorizado previamente por el titular de estos últimos. En este sentido, la manifestación de la voluntad por parte del titular de los datos deberá ser libre, informada y específica.

Ahora bien, respecto al principio de información, debemos entender que el responsable del tratamiento de los datos tiene la obligación de dar a conocer a su titular la existencia del tratamiento, los fines de este, así como la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Del cabal cumplimiento de este principio depende que el consentimiento sea válido, pues de no conocerse de manera precisa los alcances del tratamiento, aquel puede considerarse como inválido, además se debe informar del cargo y la dirección del responsable del tratamiento de las bases de datos.

Por su parte, el principio de licitud consiste en que las entidades gubernamentales solo deben desarrollar o tener sistemas de datos personales relacionados directamente con sus facultades y atribuciones. La posesión de sistemas de datos personales que no estén directamente relacionados con las atribuciones de una entidad gubernamental violenta directamente este principio.

Respecto al principio de calidad. Este propone que los datos recabados deben ser adecuados, exactos, pertinentes y no excesivos, según sea la finalidad para la que fueron recabados.

El principio de confidencialidad establece que los sujetos obligados deben asegurar el manejo confidencial de los sistemas de datos personales, y que su transmisión o divulgación solamente puede darse previo consentimiento del titular.

El principio de seguridad conlleva la obligación de quien recaba los datos debe adoptar las medidas de carácter técnico y organizativo que aseguren un tratamiento seguro. En

---

<sup>89</sup> Boyer, Joël. «Veinte años de protección de datos personales en Francia: un derecho humano puesto a prueba por la nuevas tecnologías» en ¿Seguridad, Privacidad, Confidencialidad? El desafío de la protección de datos personales. Ediciones Trilce. Goethe-Institut Montevideo. Montevideo. 2004. pp. 21 a 30.

<sup>90</sup> En Nuevo León es la Comisión de Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León.

esta materia se reconoce que no todos los datos personales requieren del mismo grado de seguridad, por lo cual pueden establecerse diferentes niveles. Así por ejemplo, los datos de identificación de una persona como el domicilio, el número telefónico, el RFC, o la fecha de nacimiento requieren de un nivel de protección bajo o medio, a diferencia de los datos sensibles, que son aquellos relacionados con las preferencias ideológicas, religiosas, la vida sexual o la salud, que necesitan un nivel de protección alto.

La seguridad, privacidad y confidencialidad son el desafío de la protección de datos personales. Hoy en día, las nuevas tecnologías llevan fuera de nuestros hogares las cosas más íntimas, por ejemplo:

- El personal de centros comerciales, conoce todos nuestros hábitos de consumo.
- Nuestro banquero, conoce nuestra liquidez monetaria y capacidad económica.
- El buró de crédito o las sociedades de información crediticia conocen nuestros créditos y su cumplimiento o incumplimiento.
- Nuestro acreedor, conoce nuestros estados financieros y record crediticio.
- Nuestro operador de internet, nuestros sitios preferidos.
- Nuestro operador telefónico, nuestra agenda y el record de las llamadas recibidas y realizadas.
- Nuestra universidad o centro de estudios, nuestros datos académicos.
- Nuestro Estado y nuestro Municipio, también conoce nuestra liquidez monetaria y capacidad económica, respecto al pago de nuestras contribuciones.

El municipio tiene mucha información de todas y todos sus habitantes, por lo que es menester estar atentos a todas estas obligaciones que el tipo de información confidencial regula para todos los sujetos obligados y en este caso para los municipios.

Ahora bien, siguiendo con el cuadro donde esquematizamos los tipos de información, la información pública de oficio es aquella que se pone a disposición de todos utilizando los medios electrónicos, y que si ejercer propiamente dicho el derecho de acceso a la información se obtiene con solo tener acceso al portal de internet de los sujetos obligados y en este caso de los municipios.

El artículo 10 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información del Estado, señala:

Los sujetos obligados deberán difundir en Internet la siguiente información:

- I.- Su marco normativo completo que le sea aplicable a cada órgano, organismo o entidad, incluyendo sus reglamentos, decretos, circulares, código de ética y demás disposiciones de observancia general;
- II.- Su estructura orgánica en un formato que permita vincular por cada eslabón de la estructura, las facultades y responsabilidades que le corresponden de conformidad con las disposiciones aplicables;
- III.- El directorio de los servidores públicos, desde el nivel de jefe de departamento o equivalente, con nombre, domicilio oficial, números telefónicos y, en su caso, dirección electrónica oficial. Adicionalmente en el caso de los Titulares de cada autoridad, enti-

dad, órgano u organismo, deberá publicarse la fotografía y el currículo. La fotografía solo será publicada cuando medie el consentimiento expreso del servidor público, las de aquellos que realizan funciones relacionadas con la seguridad pública, la procuración y administración de justicia, así como los de ejecución de penas no será publicada;

iv.- La calendarización de las reuniones públicas de los diversos consejos, órganos colegiados, gabinetes, cabildos, sesiones plenarias, comisiones legislativas y sesiones de trabajo a que se convoquen. Para las reuniones y sesiones ya celebradas, se deberán difundir, en un plazo no mayor a 30 días naturales posteriores a su realización, las correspondientes minutas o actas de dichas reuniones y sesiones, así como las listas de asistencia de sus integrantes;

v.- Una relación de los servidores públicos comisionados por cualquier causa, incluso de carácter sindical, indicando el objeto, lugar y duración de la Comisión;

vi.- Un listado con los servicios que ofrece y los programas que administra, incluso los trámites para acceder a ellos y la población objetivo a quien van dirigidos;

vii.- Un listado de los programas de capacitación, el número de servidores públicos capacitados así como las evaluaciones de los mismos;

viii.- Los planes de desarrollo, vinculados con sus programas operativos anuales y sectoriales y los respectivos indicadores de gestión que permitan conocer las metas, por unidad responsable, así como los avances físico y financiero para cada una de las metas. Sobre los indicadores de gestión deberá difundirse, además, su método de evaluación, así como una justificación de los resultados obtenidos y el monto de los recursos públicos asignados para su cumplimiento;

ix.- Una lista con el importe por concepto de viáticos, gastos de representación y alimentación, donde se vinculen estos gastos mensuales al servidor público que los ejecutó con motivo de su encargo o comisión;

x.- La nómina mensual para la retribución de los servidores públicos con expresión del nombre completo, cargo y la remuneración, presentándose esta última en forma neta y bruta, debiéndose de adicionar en su caso, la información relativa a cualquier deducción, percepción, prestaciones y compensaciones que reciban con respecto al ejercicio de su responsabilidad;

xi.- El contrato colectivo de trabajo vigente con el Sindicato de Burócratas;

xii.- La relación analítica mensual de pagos hechos a contratistas, proveedores, prestadores de servicios por honorarios pagados a profesionistas, gastos en comunicación social, representaciones, asesorías y en general todas las erogaciones que por cualquier concepto se realicen, que incluya el número de control, nombre, razón o denominación social, breve descripción del gasto y monto pagado incluyendo el Impuesto al Valor Agregado;

xiii.- Respecto de los contratos o convenios celebrados por el sujeto obligado, un listado que relacione el número de contrato, su fecha de celebración, el nombre o razón social del contratante o proveedor y, en su caso, el monto del valor total de la contratación.

También deberán publicarse las convocatorias y bases para la adjudicación de proyectos de asociaciones público privadas, las modificaciones que se lleven a cabo y el fallo final, debiendo publicar al menos, de cada proyecto, el número de registro, el nombre de la Contratante, el nombre del Desarrollador, la descripción general del proyecto, la fecha de contratación y el importe de los compromisos de pago o aportación de recursos estatales por cada año de vigencia del contrato, señalando, en su caso, el importe comprendido en la partida presupuestal de pago preferente;

xiv.- Respecto de las concesiones, licencias, permisos y autorizaciones se deberá



publicar su objeto, el nombre o razón social del titular, el tipo de licencia, permiso, concesión o autorización, así como si el procedimiento involucra el aprovechamiento de bienes, servicios o recursos públicos;

xv.- Para al menos los últimos 5 ejercicios fiscales, la relativa al presupuesto asignado en lo general y por programas, así como los informes trimestrales sobre su ejecución y las fórmulas de distribución de los recursos, federales o estatales, a los municipios;

xvi.- La base normativa relacionada a los subsidios, estímulos y apoyos con cargo a la hacienda pública;

xvii.- La relación mensual de autorizaciones, permisos, licencias y concesiones que se hayan otorgado, en el que se involucre el aprovechamiento de bienes, servicios o recursos públicos;

xviii.- El padrón de proveedores, que deberá contener cuando menos nombre o razón social del proveedor, su giro y domicilio;

xix.- Las sentencias ejecutoriadas dictadas con motivo de las controversias entre poderes públicos, en que esté involucrado alguno de los sujetos obligados del Estado de Nuevo León; y

xx.- Toda la información relativa a los recursos entregados a personas físicas y morales privadas, así como aquella relativa al destino que se les dio a esos recursos.

Además de dicho artículo 10 de la ley referida deberá de cumplir con lo dispuesto en el artículo 14, que a la letra señala:

Las Administraciones Públicas Municipales deberán hacer pública en su portal de Internet la siguiente información:

I.- Los indicadores de gestión de los servicios públicos que presten los ayuntamientos;

II.- Los recursos recibidos por concepto de multas así como el uso o aplicación que se les da;

III.- Las cuotas y tarifas aplicables a impuestos, derechos, contribuciones de mejoras, incluyendo las tablas de valores unitarios de suelo y construcciones, que sirvan de base para el cobro de las contribuciones sobre la propiedad inmobiliaria;

IV.- Empréstitos, deudas contraídas, así como una relación de bienes enajenados;

V.- El calendario con las actividades culturales, deportivas y recreativas a realizar;

VI.- El contenido de las Gacetas Municipales, la cual deberá contener los resolutiveos y acuerdos aprobados por los Ayuntamientos;

VII.- Estadísticas e indicadores del desempeño de los cuerpos de Seguridad, Tránsito y las demás entidades de la administración municipal;

VIII.- Las actas de sesiones del R. Ayuntamiento;

IX.- La información que muestre el estado que guarda su situación patrimonial, incluyendo la relación de los bienes muebles e inmuebles, con los inventarios relacionados con altas y bajas en el patrimonio del municipio. En relación con los bienes inmuebles provenientes de las áreas de cesión realizadas por cualquier crecimiento urbano, deberá señalarse tal circunstancia e igualmente cuando se les hubiere cambiado su destino, así como cuando se otorgue alguna concesión sobre dichas áreas para su uso, aprovechamiento o explotación a particulares o instituciones de derecho público o privado;

X.- Sobre el ejercicio del presupuesto deberá publicarse el calendario trimestral sobre la ejecución de las aportaciones federales y estatales, identificando el programa para el cual se destinaron y, en su caso, el monto del gasto asignado por el propio

municipio;

XI.- En el caso de la información sobre programas de subsidio, se deberá considerar toda aquella sobre los programas sociales administrados por el Sistema Municipal para el Desarrollo Integral de la Familia;

XII.- La conformación de las Comisiones de los integrantes del Cabildo, así como los registros de asistencia de sus integrantes a las sesiones de trabajo de las mismas y del R. Ayuntamiento; y

XIII.- La relación de las anuencias municipales a que se refiere la Ley para la Prevención y Combate al Abuso del Alcohol y de Regulación para su Venta y Consumo para el Estado de Nuevo León, con expresión del nombre o razón social del titular, domicilio del establecimiento, nombre comercial del establecimiento, el tipo de anuencia, así como una breve exposición del motivo por el cual resultó favorable su emisión.

Es menester aclarar que se cumple con el artículo transitorio de la reforma constitucional de julio de 2007, a no obligar a los municipios de menos de 70 000 habitantes a la divulgación de la información vía internet, pero deberán tenerla disponible en otros medios posibles.

Los sujetos obligados deberán señalar en sus portales de Internet los rubros del presente Artículo que no le son aplicables, fundando y motivando dicha circunstancia.

Porque todos tenemos derecho a saber, en la reforma constitucional ya mencionada, se agregó el principio de máxima publicidad, que quiere reforzar la cultura de la transparencia, porque en caso de duda, la información será pública. Es decir, el sujeto obligado tendrá que argumentar, fundando y motivando, la llamada prueba de daño para poder reservar la información.

Resulta necesario, entonces, reconocer un derecho a la protección de los datos personales, y que este reconocimiento se incorpore en el texto constitucional, pues de esta manera se generaría una certeza indiscutible del derecho: le brindaría seguridad y estabilidad.

El derecho fundamental de la protección de datos personales comprende otros derechos que corresponden a los gobernados, tales como acceder a los mismos y, en su caso, obtener su rectificación, cancelación u oposición en los términos que fijen las leyes.

Por lo que es clara la obligación de todo sujeto obligado —en especial el Municipio—, del análisis del encuentro del derecho de acceso a la información y el de la protección de datos personales, ya que nuestra Constitución, los reconoce como derechos fundamentales.

#### **IV. CONCLUSIONES**

— La transparencia municipal es una herramienta de toda persona que tiene dos objetos, controlar a la administración pública y permitir su participación en ella y brindarle a toda persona mayor acercamiento respeto a ella; es también un arma contra la corrupción ya que promueve la inversión privada al disminuir los costos de transacción en el mercado, produce una mayor confianza de los ciudadanos en sus autoridades públicas y fomenta

una mayor eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

— Con la transparencia se logra una relación de confianza entre gobernantes y gobernados, uno de los principales intereses de la política, en especial a los habitantes de cada municipio en virtud de su cercanía. La transparencia es el ejercicio de solicitar y entregar la información. Formar una cultura de transparencia es que las autoridades rindan cuentas a los gobernados de las decisiones que realizan en la función pública y crear una cultura ciudadana de participación, respeto y ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

— El municipio tiene mucha información de todas y todos sus habitantes, por lo que es menester estar atentos a todas estas obligaciones que el tipo de información confidencial regula para todos los sujetos obligados y en este caso para los municipios.

— El derecho de acceso a la información es la prerrogativa de la persona física o moral, nacional o extranjera para acceder a datos, registros y todo tipo de informaciones, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, y sin más limitaciones que las expresamente previstas en la Ley, en poder de toda clase de entidades públicas y en especial de los municipios.

— El municipio tiene mucha información de todas y todos sus habitantes, información que es clasificada como confidencial, que nunca será pública y por lo tanto protegida por nuestra Constitución.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

Ackerman, John M. e Irma E. Sandoval. 2005. *Leyes de Acceso a la Información en el Mundo*. Cuadernos de transparencia. 07. IFAI-Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. Agosto. México.

Boyer, Joël. 2004. «Veinte años de protección de datos personales en Francia: un derecho humano puesto a prueba por la nuevas tecnologías» en *¿Seguridad, Privacidad, Confidencialidad? El desafío de la protección de datos personales*. Ediciones Trilce. Goethe-Institut Montevideo. Montevideo.

Carbonell, José. *El fin de las certezas autoritarias. Hacia la construcción de un nuevo sistema político y constitucional para México*. Editorial IJ-UNAM. México. 2002.

Carbonell, Miguel. 2008. *El Régimen Constitucional de la Transparencia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Serie de Ensayos Jurídicos Núm. 33. México.

De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael. 1965. *Diccionario de Derecho*. Porrúa. México.

Deutsch, Karl W. 1998. *Política y Gobierno*. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión en español. México.

Ferrajoli, Luigi. «El Estado Constitucional de Derecho hoy: modelo y su divergencia de la realidad». *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*. Edición de Perfecto Andrés Ibáñez. Trotta. Madrid. 1996.

Fernández Rodríguez, José Julio. 2004. *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. No. 154. UNAM. México.

Junco Esteban, María Alicia. 2003. *El Derecho a la información: de la penumbra a la transparencia*. Editorial Porrúa. México.

Luhmann, Niklas. *El arte de la sociedad*. Heder Universidad Iberoamericana. México 2005.

Martínez Morales Rafael I. *Derecho administrativo*. Biblioteca Diccionarios Jurídicos Temáticos. Volumen 3. Harla. México. 2001

Mendel, Toby. 2003. *Derecho Comparado de la Información*. Número 1. Enero-junio. IFAI. México.

Naín, Moisés. *El fin del poder*. Editorial Debate. México. 2014.

Perales Sanz, José Luis. 2002. *La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP. Editorial Civitas. Madrid.

Ríos Estavillo, Juan José. 2003. *Derecho a la información en México*. Editorial Porrúa. México.

Sartori, Giovanni. *Homo videns. La Sociedad teledirigida*. Punto de partida. México. 2005.

Vergara, Rodolfo. 2005. *La Transparencia como problema*. Cuadernos de Transparencia. Núm. 05. IFAI. Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. México

#### *Publicaciones:*

*Derecho a saber. Balance y perspectivas cívicas*. 2007. Coordinadores: Jonathan Fox, Libby Haight, Helena Hofbauer y Tania Sánchez Andrade. Fundar. Centro de Análisis e Investigación, A. C. Woodrow Wilson International Center for Scholars. México.

*Derecho Comparado de la Información*. 2006. Número 8. Julio-Diciembre. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Fundación Konrad Adenauer. México.

*Derecho de acceso a la información pública. Valoraciones iniciales.* 2004. Villanueva, Ernesto e Issa Luna Pla. Editores. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.

*Derecho de acceso a la información y organización ciudadana en México.* Biblioteca Jurídica Virtual. Publicaciones periódicas. Derecho comparado de la información. Número 1. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoin/cont/1/cnt/cnt6.htm>.

Diputado Luis Gustavo Parra Noriega. Avances y Retos en la Legislación en materia de Protección de Datos Personales. «Avances y Propuestas Legislativas en materia de Protección de Datos Personales». 25 de febrero de 2009. <http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/210061/515613/file/DIP.%20LUIS%20GUSTAVO%20PARRA%20NORIEGA.ppt>.

«Discurso Inaugural del Seminario de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales». El 20 de enero de 2009. En el edificio sede de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Centro Histórico de la ciudad de México. <http://www2.scjn.gob.mx/Ministros/oscv/Discursos/acceso-y-proteccion-de-datos.pdf>.

*Hacia un nuevo derecho de la información.* 2000. Universidad Iberoamericana. México.

*Revista del Instituto de la Judicatura Federal.* Poder Judicial de la Federación. Consejo de la Judicatura Federal. «Restricciones a la Democracia Participativa». Número 31. México. 2011.

Otros:

<http://eprints.ucm.es/6972/1/art-%C3%A9ticaypolitica-TI.pdf>

<http://www.animalpolitico.com/blogueros-res-publica/2011/09/23/dia-internacional-del-derecho-a-saber/#axzz2wFSGdwQc>

<http://www.tm.org.mx/ipc2013>

<http://www.dplf.org/uploads/1198187230.pdf>

<http://www.catazaja.gob.mx/transparencia.html>

<http://www3.diputados.gob.mx/camara/content/download/210061/515613/file/DIP.%20LUIS%20GUSTAVO%20PARRA%20NORIEGA.ppt>.

<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2008/dic/20081211-II.html#Dicta20081211-2>.

*Legislación:*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Reglamentaria del artículo 5 Constitucional.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León.

Ley Transparencia y Acceso a la Información del Estado de Nuevo León.



IV  
**CIUDAD, SUELO Y ORDENACIÓN  
DEL TERRITORIO NACIONAL**





# EL MODELO URBANO DE LA CIUDAD COLONIAL Y SU IMPLANTACIÓN EN HISPANOAMÉRICA, CON ESPECIAL REFERENCIA AL POBLAMIENTO DEL VIRREINATO DEL PERÚ \*

Por ALLAN R. BREWER-CARÍAS \*\*

## INTRODUCCIÓN

En toda la historia de la humanidad ningún país del mundo ha fundado tantos pueblos, villas y ciudades en un territorio tan grande, en un periodo de tiempo tan corto, y en una forma tan regular y ordenada como lo hizo España en América durante los siglos XVI y XVII.

La «ciudad ordenada» colonial hispanoamericana fue la gran creación y legado cultural urbano español en el Nuevo Continente, que materializada en un modelo urbano caracterizado por su forma general reticular, desarrollado siempre partiendo del trazado de una plaza mayor o central dispuesta a cordel y regla, de la cual paulatinamente fueron saliendo calles trazadas en línea recta, formando una trama urbana en manzanas o cuadras generalmente iguales, como un damero, tal y como todavía hoy se aprecia en todos los centros o cascos históricos de los pueblos y ciudades latinoamericanas.

Este trabajo tiene por objeto, precisamente, tratar de explicar el origen de esa forma urbana ortogonal y cómo se implantó con una regularidad, formalidad y continuidad pasmosas en todo el vasto continente americano, desde la Nueva España (México) y la Florida en el norte, hasta el extremo sur en Chile y el Río de la Plata; con particular referencia al poblamiento del virreinato del Perú.

---

\* Estudio elaborado para el *Tratado de derecho municipal peruano*, coordinado por el profesor Orlando Vignolo. El mismo tiene su origen remoto en la elaboración del curso dictado por el autor sobre «El modelo urbano de la ciudad colonial y su implantación en Iberoamérica» en el *Curso de Maestría en Derecho Urbanístico* del Departamento de Derecho Administrativo la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, en 2007, cuando lo dirigía el profesor Jaime Orlando Santofimio, y que fue publicado con el título *El modelo urbano de ciudad colonial y su implantación en Hispanoamérica*, Serie Derecho Urbanístico No. 1, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, 133 pp. El texto de ese curso estuvo íntegramente basado en mi libro *La Ciudad Ordenada (Estudio sobre «el orden que se ha de tener en descubrir y poblar» o sobre el trazado regular de la ciudad hispanoamericana) (Una historia del poblamiento de la América colonial a través de la fundación ordenada de ciudades)*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid 1997; 2ª edición ampliada: Editorial Critería, Caracas 2006, 545 pp., ilustrada con 636 planos antiguos y recientes; Reimpresión de la 2ª edición: Editorial Thomson-Aranzadi, Madrid 2008, 545 pp. Para toda la bibliografía utilizada en la redacción de este estudio, me remito a la indicada con todo detalle en dicha obra.

\*\* Profesor de la Universidad Central de Venezuela.

Esa increíble empresa no solo fue «ordenada» en cuanto a la adopción de una sola forma urbana reticular para las ciudades, que se repitió regularmente, sino que, por sobre todo, fue «ordenada» en el sentido de que fue realizada en acatamiento a precisas normas jurídicas que al efecto se fueron dictando desde la Corona.

No fue un proceso que se dejó al azar ni a la sola experiencia o criterio de los adelantados y pobladores; y ello, incluso, a pesar de que en sus inicios, el proceso del descubrimiento, conquista y colonización de la América hispana se desarrolló por iniciativas privadas, conforme Capitulaciones que fueron otorgadas por los monarcas a los Adelantados. A pesar de ello, sin embargo, el proceso de poblamiento obedeció a una política centralizada que se plasmó paulatinamente en Ordenanzas, Instrucciones y Reales Providencias dictadas por los Monarcas especialmente para la empresa americana, entre otros aspectos, para asegurar, jurídicamente, mediante el poblamiento, que las nuevas tierras descubiertas en las Indias se incorporaran a la Corona de Castilla. Dichas normas se aplicaron uniformemente por los gobernadores y adelantados, en adición a las contenidas en las cláusulas específicas de cada Capitulación.

He allí, precisamente, una de las diferencias esenciales que existió entre los procesos colonizadores español e inglés en América, iniciado el último, 100 años después del primero. Si bien ambos estuvieron a cargo de particulares que obtuvieron una concesión real a su propio riesgo y ventura, en el caso de la conquista y colonización española el proceso fue muy rápidamente ordenado por la metrópoli, enmarcándolo en normas jurídicas que evidenciaron una deliberada política del Estado español, lo que dio origen, así, no solo al «derecho indiano», es decir, a un cuerpo de leyes dictadas especialmente para las Indias, sino también a una organización política territorial racional y jerarquizada para el gobierno interno en el Nuevo Mundo, compuesta por virreinos, audiencias, capitanías generales y provincias, que ni siquiera existió en la propia Península. Nada similar ocurrió en el proceso de colonización de Norteamérica.

Con estas características, en un lapso de unos cien años entre los siglos XVI y XVII, en el Nuevo Mundo americano español se produjo una descomunal operación de poblamiento de tal magnitud y extensión que no encuentra parangón en ningún otro proceso colonial en la historia de la humanidad; el cual se realizó siempre de acuerdo a un invariable plan regular y ordenado. Ello implicó no solo la necesidad de una cuidadosa selección del sitio para la ubicación de las ciudades desde el punto de vista del clima y de las condiciones del terreno, sino además, el establecimiento de la forma urbana reticular para ellas, la cual no existía en las ciudades de la Península que generalmente tenían y tienen una trama urbana irregular e intrincada.

Para el momento, por tanto, se trataba de algo totalmente nuevo, aun cuando el modelo se hubiera utilizado extensamente en la antigüedad por los griegos y por los romanos en sus empresas colonizadoras al fundar nuevas ciudades, y también ocasionalmente durante la Edad Media, cuando se trató de la creación *ex novo* de centros poblados con fines de política territorial o militar.

Ese modelo recién se había redescubierto con el Renacimiento, y fue el que fue usado para la empresa americana, obedeciendo a una expresa política de la Corona, contenida y

orientada por normas jurídicas con el objeto fundamental de afirmar y afianzar el señorío sobre las tierras descubiertas, y asegurar su ocupación, lo que conforme al *Código de las Siete Partidas* (1348) correspondía «aquel que las poblara primeramente».

Por tanto, poblar fue el título jurídico necesario e indispensable para poder incorporar las nuevas tierras que se fueron descubriendo a la Corona de Castilla, por lo que precisamente, a diferencia de los ingleses, los españoles en América fueron febriles fundadores de ciudades, de manera que incluso las Capitulaciones se dieron siempre con la obligación de poblar. Ello no solo implicaba la toma de posesión de la nueva tierra en nombre de los monarcas, sino que en definitiva, era el instrumento central para la demarcación de la jurisdicción de la Gobernación de cada adelantado, así como de la Provincia que la asentaba.

Conforme al derecho castellano, por tanto, el proceso de conquista del Nuevo Mundo, obedeció a una deliberada política pobladora, constituyendo la colonización para el conquistador, en medida sustancial, fundar pueblos, villas o ciudades y hacerlo formalmente mediante acta auténtica; y no simplemente estableciendo o asentando campamentos, aldeas, rancherías o embarcaderos.

Materialmente, el principio era que si no se poblaba, no había conquista. Así lo diría el cronista y capellán de Hernán Cortés, Francisco López de Gomara (1511-1564) en su *Historia General de las Indias y vida de Hernán Cortés*, al comentar el fracaso de la expedición de Pánfilo de Narváez a Florida: «Quien no poblare no hará buena conquista, y no conquistando la tierra no se convertirá la gente, así que la máxima del conquistador ha de ser poblar» (capítulo XLVI).

Por ello, además, la fundación de un pueblo fue siempre un acto formal por los efectos jurídicos importantísimos que tenía. Con él quedaban formalizadas muchas cosas: la indicación de su territorio (término); la repartición de los solares entre los pobladores; y la designación de sus autoridades, con lo cual el pueblo adquiriría existencia legal independientemente, incluso, de que hubiera encontrado ubicación física o geográfica en forma definitiva. Poblar, por tanto, era establecer un pueblo en el sentido medieval del término; como República, es decir, como lo escribió Cicerón, no solo como «reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino [como] sociedad formada bajo la garantía de las leyes y con el objeto de utilidad común» (*Tratado de la República*).

En definitiva, poblar en América hispana no fue el resultado del espíritu formalista y documental que tanto se ha atribuido a los españoles, sino a una exigencia de carácter jurídico que muchas veces se olvida por los estudiosos de la conquista y poblamiento de América, como exigencia para que las tierras descubiertas entraran a formar parte de las posesiones del reino de Castilla.

Ello implicó, a diferencia del poblamiento en el proceso de conquista del Nuevo Mundo en Norteamérica, la necesidad de diseñar un modelo para poder establecer en forma ordenada y conforme a precisas Instrucciones Reales, los cientos de ciudades y pueblos

que se requerían en el vasto continente americano, que exigía con la fundación de estos trazar su plano con su plaza, calles y solares «a cordel y regla».

En esa forma, la fundación de pueblos, sin duda, fue la acción más importante del proceso de conquista, al punto de que solo se podían fundar pueblos con licencia de la Corona o de los adelantados. Por ello, fundar pueblos sin licencia era un delito que incluso acarreaba la pena de muerte, pues la fundación era lo que daba preferencia al poblador respecto del territorio descubierto en relación con otros adelantados, ya que la existencia de una población significaba que la tierra ya estaba conquistada bajo una determinada jurisdicción.

Este singular proceso de poblamiento en América, con especial referencia al que ocurrió en el virreinato del Perú, al menos nos plantea cinco preguntas que quisiera tratar de responder en este trabajo, relativas al porqué, al cómo, al qué, al en qué forma se desarrolló el proceso de poblamiento americano, y al cuándo y en qué secuencia se implantó el modelo urbano colonial en el Perú.

La primera pregunta es el por qué, *por qué fundar*, es decir, por qué los conquistadores tuvieron siempre que fundar y sembrar de pueblos, villas y ciudades el vasto continente americano. La respuesta a esta interrogante la encontramos en el orden jurídico que se aplicó durante los siglos XVI y XVII, al proceso de penetración del territorio americano por los conquistadores y adelantados, el cual les imponía la obligación formal de fundar pueblos, villas y ciudades.

La segunda pregunta es el cómo, *cómo fundar*, es decir, cómo la Corona española aseguró que efectivamente se cumpliera la obligación por los Adelantados. La respuesta a esta segunda interrogante está en la organización política y administrativa que fue establecida por la Corona para velar precisamente por la ejecución del proceso de poblamiento.

La tercera pregunta es el qué, *qué fundar*, es decir, qué forma urbana se debía aplicar en la fundación de tantos pueblos. La respuesta a esta pregunta está en el modelo de ciudad que se diseñó en la Corona española para la empresa americana y que se implantó en todo el continente. Ello provoca otra pregunta y es *de dónde* salió el modelo, cuya respuesta está en sus orígenes griegos, romanos y medioevales que penetró en la burocracia real junto con los nuevos conocimientos que se originaron en el Renacimiento.

La cuarta pregunta es *en qué forma* se transmitió ese modelo desde la Corona a América, para asegurar la implantación en todos los pueblos, villas y ciudades. La respuesta a este interrogante está en el conjunto de instrucciones y cédulas reales que se fueron formulando por agregaciones sucesivas, las cuales culminaron con las *Ordenanzas de Descubrimiento y Población* de Felipe II, de 1573, cuyo texto se recogió luego, íntegramente, en la *Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias* de 1680.

Y la quinta pregunta es en relación *con cuándo y en qué secuencia* se implantó el modelo urbano en el Virreinato del Perú, en un continuo proceso de poblamiento que

se desarrolló desde las primeras fundaciones de ciudades a partir de 1532, cuando llegó Francisco Pizarro a las costas del Reino de Quito, hasta la conquista de la provincia de Nueva Extremadura en Chile.

## **PRIMERA PARTE: SOBRE POR QUÉ FUNDAR O POR QUÉ SE FUNDARON TANTOS PUEBLOS, VILLAS Y CIUDADES EN TODO EL CONTINENTE AMERICANO**

La respuesta a esta primera pregunta de por qué la fundación sistemática de pueblos, villas y ciudades en toda la América española colonial es, simplemente, porque los adelantados y conquistadores estaban jurídicamente obligados a hacerlo. Así resultaba del derecho castellano que fue el que se aplicó en estas tierras, y conforme al cual se llevó el proceso de descubrimiento, conquista y colonización de América hispana. El porqué de esta obligación es lo que nos interesa precisar.

### **I. EL DERECHO CASTELLANO APLICABLE AL PROCESO DE DESCUBRIMIENTO Y POBLAMIENTO DE LAS INDIAS**

Este derecho castellano, era un derecho escrito, como el de todos los reinos de la península, que se había venido conformando por el legado del derecho romano y en parte del visigótico, pues la península española había sido primero colonia romana (Hispania) y luego de la caída del Imperio romano, ocupada por poblaciones del norte, básicamente por los visigodos. Ese derecho que había quedado en los pueblos, fue paulatinamente moldeado conforme a los usos locales.

En cuanto al reino de Castilla, el derecho del mismo se desarrolló principalmente durante los siglos XI al XIII, en pleno proceso de la reconquista de la península frente a los moros, habiendo sido plasmado en la legislación de orden local que se fue otorgando por los Reyes específicamente para cada ciudad y sus municipios. Ello dio origen a lo que se conoce como los «fueros municipales» en los cuales se reflejó el derecho que era aceptado y seguido en cada localidad. Tenían, por tanto, aplicación estrictamente local, pero muchos de esos fueros se extendieron a otras localidades, llegando algunos incluso a aplicarse en casi todo el reino.

Entre los fueros más importantes otorgados con motivo del proceso de la Reconquista, mediante los cuales se reguló el proceso de repoblamiento de las antiguas ciudades y pueblos romanos-visigóticos que habían sido ocupados por los moros por varios siglos, una vez recuperados por los cristianos, está el Fuero de Sepúlveda en la provincia de Segovia, expedido por Alfonso VI el 17 de noviembre de 1076, el cual puede considerarse como un antecedente fundamental de las regulaciones urbanísticas.

En el mismo se encuentra, por ejemplo, como parte de la política de repoblación, el establecimiento de privilegios y excepciones para estimular la repoblación de las villas abandonadas. A tal efecto se estableció, por ejemplo, la obligación del poblador de residir por un tiempo en la ciudad, pero a la vez se le otorgó el privilegio de poder salir y dejar su

casa segura por un mes, sin perderla por ausencia. El privilegio general era una excepción al principio general que se resumió en la frase común española de que «el que va a Sevilla pierde su silla», o en la Hispanoamérica «el que va de villa pierde su silla», o en la brasilera «el que va a Portugal pierde su lugar»

Pero aparte de ese privilegio general al poblador de conservar su casa en ausencia, el Fuero de Sepúlveda establecía algunos principios vinculados al proceso urbano, como los siguientes:

En primer lugar, el principio de la ordenación y asignación de uso a la tierra urbana por la autoridad local, de manera que la ocupación del suelo no era libre, sino que debía estar sometida a un ordenamiento.

En segundo lugar, en el Fuero de Sepúlveda se encuentra también el antecedente remoto de la existencia de un patrimonio público del suelo, de manera que solo el Concejo podía y debía adjudicar solares al poblador para construir su casa, en el lugar adecuado y cerca de las otras casas.

En tercer lugar, este deber de la autoridad local de adjudicar solares para poblamiento, solo se establecía para un primer establecimiento, por lo que si posteriormente el poblador vendía su casa y se proponía edificar de nuevo, ya no podía pedir adjudicación de un nuevo solar, sino esta vez que debía comprar el terreno que necesitaba.

En cuarto lugar, en el Fuero también se establecía la exención tributaria para el poblador, siempre que tuviese casas en la villa o las tuviere pobladas; y además, que la casa estuviere necesariamente cubierta de teja y no de paja; pues de lo contrario debía pagar sus impuestos como si no morase en la villa.

Por último, como en todos los fueros castellanos, algunas normas básicas sobre el derecho civil de la propiedad urbana también se establecían en el Fuero de Sepúlveda, como el de la dimensión vertical de la propiedad urbana que recogía el viejo precepto romanista, de que el dominio se extendía ilimitadamente en sentido vertical, por arriba, *usque ad coelum, ad sidera* y, por debajo, *usque ad inferos, ad centrum, ad profumdum*, lo que en materia urbana se concretaba en el derecho del propietario de elevar sus edificaciones sin límite alguno.

Por otra parte, al lado del derecho local, en la Edad Media también se desarrolló un derecho territorial consuetudinario y judicial, que tuvo su origen en recopilaciones hechas por iniciativas privadas, de las costumbres jurídicas y de la jurisprudencia de los tribunales del país castellano. Entre esas recopilaciones se destaca el *Libro de los Fueros de Castilla* (1250), redactado en Burgos durante la segunda mitad del siglo XIII, y el *Fuero Viejo de Castilla* (1356), considerado durante algún tiempo como el código de la nobleza castellana, y atribuido al rey Pedro I el Cruel (1334-1336). En estos últimos casos se trataba de obras de índole privada de recopilación de textos anteriores.

Ese derecho disperso, además, había sido objeto de recopilaciones generales, como la monumental ordenada por Alfonso X, El Sabio en 1256-1263, denominada el *Código*

de las *Siete Partidas*, para cuya elaboración una de las principales fuentes utilizadas fue el *Corpus Iuris Civilis*, utilizándose la división romana en libros, títulos y leyes, que abarcó todas las manifestaciones del derecho en la época.

Se trató inicialmente de una obra de carácter didáctico, dirigida a instruir a los príncipes para facilitarles la adopción de sus resoluciones, la cual un siglo después de su publicación adquirió fuerza obligatoria en virtud de la adopción por las Cortes en Alcalá de Henares, en 1348, del llamado *Ordenamiento de Alcalá*.

En este cuerpo se estableció por primera vez el orden de prelación de las fuentes legales, disponiéndose que el Código tendría el carácter de cuerpo normativo supletorio general, con lo que se dio cierta unicidad a la legislación del Reino de Castilla y León.

## II. EL POBLAMIENTO COMO TÍTULO DE SEÑORÍO SOBRE LAS NUEVAS TIERRAS: LA NECESIDAD JURÍDICA DE POBLAR

Este *Código de las Siete Partidas* regulaba las formas o «maneras como se gana el señorío del Reyno», mencionando cuatro soluciones o títulos jurídicos: herencia, elección voluntaria, matrimonio con heredera del reino o concesión pontificia o imperial. Pero en un mundo reducido a Europa, África y el Oriente hacia Asia como era el existente en la época, la empresa isabelina del descubrimiento de la ruta a la India por el occidente, no tenía por objeto hacer de los Reyes Católicos Señores del algún reino existente, por lo que el régimen jurídico mencionado en el Código no tenía aplicación en ese momento: los Reyes no tenían posibilidad de heredar las tierras nuevas que se descubrieren; no podían adquirirlas por el consentimiento de todos los de los ignotos reinos; no había posibilidad de que las obtuvieran por casamiento, y en las tierras nuevas y desconocidas ni el Papa ni el Emperador eran reyes.

Por tanto, el título jurídico que podía utilizarse para apoderarse de las «islas y tierras firmes» que Colón encontrare en las «mares oceánicas» conforme al mismo derecho castellano, era otro. Y allí está precisamente la respuesta a la pregunta de por qué poblar.

En efecto, la Ley 29, título xxviii de la Partida III, al plantear la cuestión de a quién pertenece «la ysla que se faze nuevamente en el mar», prescribía lo siguiente: «Pocas ve-gadas acaece que se fagan yslas nuevamente en la mar. Pero si acaeciesse que se fiziese y alguna ysla de nuevo, suya dezimos que deve ser de aquel que la poblare primeramente; e aquel o aquellos que la poblaren, deben obedescer al Señor en cuyo señorío es aquel lugar do apareció tal ysla».

Por tanto, el título jurídico del cual se disponía conforme al derecho castellano para incorporar las nuevas tierras o islas que se descubriesen al señorío de la Corona de Castilla, consistía *en poblar* las islas y tierra firme que se descubrieren, lo que imponía la obligación de poblar para poder tomar posesión de una tierra, correspondiendo el señorío a quien primero poblare.



Sin embargo, un escollo interpretativo se derivó del texto de la norma. Resulta que como Colón lo informó a la Corona desde el mismo momento de su regreso del primer viaje (1493), esas tierras, decía, estaban «pobladas con gente sinnúmero», pero que a pesar de ello, «dellas todas he tomado posesión por sus altezas con pregón y bandera real estendida y non me fue contradicho».

Esta situación hizo que el problema del título jurídico de la ocupación fuera motivo de discusión. Conforme al derecho de la época, los países habitados por infieles se consideraban que pertenecían a la nación cristiana que los descubriera, conquistara y poblara; pero, los juristas de la Corte no estaban seguros de que lo que se había descubierto fuesen países habitados por infieles —los cuales en principio, en ese momento eran solo los moros—, acudieron entonces al papa para que les concediera las tierras descubiertas y por descubrir en la mar Océana, aun cuando el Papa no era rey en esas tierras, único título que le hubiera podido permitir conforme a las Partidas, otorgarlas a los monarcas.

En la época, sin embargo, no habían sido infrecuentes las bulas de asignación de territorios en soberanía a reyes y príncipes; más bien eran una práctica internacional común en Europa antes de 1492: Adriano IV había entregado a Enrique II de Inglaterra, la isla de Irlanda; Clemente IV, en 1344, concedió al Conde Clermont las islas Canarias; y Nicolás V, en 1455, Calixto III, en 1456 y Sixto IV, en 1481 habían otorgado a Portugal las tierras africanas, desde el cabo Bojador hasta la India. Se trataba de una tradición arraigada de tipo medieval, basada en la idea del poder temporal del papado

En el caso de América, además, la búsqueda de una concesión papal se precipitó, por el reclamo que el rey Juan II de Portugal le había hecho a Colón a su regreso del primer viaje, en la entrevista que sostuvieron también en febrero de 1493, en el sentido de que las islas descubiertas le pertenecían por encontrarse enclavadas en el espacio reconocido a Portugal particularmente en el Tratado de Alcaçobas. Este se había suscrito en 1479 con motivo de los descubrimientos portugueses en la costa africana repartiéndose los dos reinos las tierras descubiertas, habiendo sido confirmado por el Papa con la bula *Aeterni Regis* (1481).

Lo cierto es que al recibir el informe del primer viaje, los Reyes Católicos, si bien ordenaron inmediatamente los preparativos para la realización del segundo, de inmediato iniciaron negociaciones con el papado para asegurar el monopolio de la navegación y colonización de los mares y territorios que Colón había descubierto. El papa Alejandro VI, además, era Rodrigo Borja, español de Valencia, quien para lo que se le requería tenía como precedentes las bulas que habían sido concedidas a los monarcas portugueses décadas antes.

Ahora le tocaba a España, para lo cual el papa otorgó a los Reyes Católicos todas las tierras descubiertas por Colón, y trazando una línea imaginaria de norte a sur a 100 leguas al oeste de las Azores y de las islas de cabo Verde, estableciendo que todas las tierras y el mar al oeste de esa línea quedaban bajo la exploración e influencia españolas.

Esta demarcación quedó plasmada en tres bulas fechadas los días 3 y 4 de mayo de 1493: la *Inter coetera* y la *Eximiae devotionis* del 3 de mayo, y la *Inter coetera* del 4 de mayo.

Mediante una cuarta bula, la *Dudum Siguidem*, otorgada el 26 de septiembre de 1493, el Papa amplió las concesiones a los monarcas españoles para incluir las islas y continentes cualesquiera, encontrados o por encontrar «navegando o viajando al oeste o el sur, ya se encuentren en las regiones occidentales o meridionales y orientales y *de la India*». En esta concluyó afirmando que «donamos, concedemos y asignamos todas y cada una de las tierras e islas supradichas, así las desconocidas como las hasta aquí descubiertas, por vuestros enviados y las que se han de descubrir en lo futuro que no se hallen sujetas al dominio actual de algunos señores cristianos».

Esta donación pontificia tuvo un gran valor internacional, habiendo sido esta, además, la última vez en la historia de la humanidad que se produciría un acto teocrático de esa naturaleza.

En todo caso, la alarma de Portugal por la generosidad de las concesiones del Papa, al incluir a la India en la bula, llevó al rey Juan II a negociar directamente con los Reyes Católicos, aceptando la demarcación de la bula *Inter coetera*, pero pidiendo que la línea fuera trazada no a las 100 leguas, sino a 370 leguas al oeste de las islas de cabo Verde. Para ello, los reinos suscribieron un nuevo tratado, el de Tordesillas en 1494, con el cual los monarcas españoles accedieron a la petición portuguesa creyendo, por Colón, que ya había quedado descubierto el camino occidental a la India. Pero no fue así, con lo que Portugal aseguró el dominio del verdadero camino a la India bordeando África y del Atlántico Sur, así como del territorio de Brasil, aun cuando en principio todavía se tenía como no descubierto. España luego se daría cuenta que con lo que se había quedado con el tratado, había sido con un Nuevo Mundo que había «aparecido» y le pertenecía.

La concesión papal, en todo caso, se refería a las tierras que no fuesen poseídas por otro rey cristiano, es decir, conforme al derecho castellano, que no hubiesen sido pobladas antes bajo el señorío de otro soberano. La obligación de poblamiento, por tanto, quedaba como título jurídico siempre válido y necesario para que incluso pudiera materializarse la concesión papal.

### III. LOS PUEBLOS DE ESPAÑOLES Y LOS PUEBLOS DE INDIOS

Otro tema jurídico que hubo que resolver en el proceso de poblamiento se refirió al «justo título de la conquista», particularmente por la problemática que surgió en torno a los indios y su régimen jurídico, que formó parte fundamental del derecho Indiano.

Al inicio del proceso de conquista, y como reacción a las conductas esclavistas desplegadas por Colón en la isla La Española, por Real Cédula de 20 de junio de 1500 se declaró a los indios como vasallos libres de la Corona. Solo se admitió que podían ser tenidos como esclavos a los indios cautivos en justa guerra, lo que incluso se eliminó en 1530.

Los indios, sin embargo, vieron condicionada su libertad al ser equiparados a lo que en el viejo derecho castellano se denominaba *rústicos* o menores, es decir, personas que requerían de tutela o protección legal, situación de la cual surgieron los repartimientos y

encomiendas que fueron las dos formas jurídicas más importantes tendientes a organizar a los indios en las Indias.

Estos repartimientos dieron origen a las encomiendas, y que implicaba que un grupo de familias de indios, incluso con su propia organización y sus propios caciques, se entregaban o se «encomendaban» a un español encomendero. A este se le obligaba jurídicamente a proteger a los indios que le habían sido encomendados y a velar por su fe religiosa, pero tenía el derecho de beneficiarse con el trabajo u otros servicios personales de los indios y de exigirles tributos y diversas prestaciones económicas. Esta institución regularizó entonces una relación entre el encomendero y los encomendados, de señor-siervo, lo que marcó profundamente la vida colonial, sobre todo en los países de América Latina con gran densidad de población autóctona. En todo caso, muchos pueblos en América tuvieron su origen, precisamente, en las encomiendas, desarrollándose en torno a la casa del encomendero y a la iglesia de la doctrina.

A pesar de los intentos de eliminar las encomiendas, particularmente por la lucha sostenida entre fray Bartolomé de las Casas, mediante leyes protectoras del trabajo del indio, como la muy importante *Leyes y Ordenanzas nuevamente hechas por Su Majestad para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los indios* de 1542, conocidas como las *Leyes Nuevas*, por las protestas que originó en América, la institución persistió pero con preceptos más favorables a los indios.

En cuanto a los indios no repartidos en encomiendas se procuró que vivieran agrupados en núcleos de población, aislados de los españoles, con cierta autonomía administrativa. Estos fueron los *pueblos de indios*, que tenían sus propios alcaldes y alguaciles. Inicialmente se denominaron «reducciones», pues implicaban reducir al indio generalmente de vida no sedentaria, para que viviera en una población a la cual se adscribían. Además, estas reducciones también tuvieron su origen en las doctrinas y misiones, originando pueblos de indios en torno a la labor misionera de un fraile o cura doctrinero (pueblos de doctrina).

Pero a pesar de la distinción básica entre los pueblos de españoles y los pueblos de indios, en realidad todos fueron centros mixtos de población donde vivieron en calidad de vecinos los blancos con los indios. La ciudad exclusivamente para población blanca, en realidad no existió, ni se sostuvo jamás en las Indias, pues la actividad socioeconómica del ibérico no podía pensarse ni sostenerse sin la colaboración, apoyo y ayuda de la población indígena.

En todo caso, con motivo de las *Leyes Nuevas* se regularizó una dualidad de Reinos de Indias: la república de indios, por una parte, y la de los españoles, por la otra, independientes entre sí y sometidas al monarca. Se reconoció, así, la vigencia del propio derecho indígena en lo que no contradijese las leyes dictadas por los monarcas o las leyes naturales. Posteriormente, en 1550, el Emperador ordenó suspender todas las conquistas y descubrimientos en el Nuevo Mundo, hasta 1556 cuando se proscribió el uso del término «conquista» y se lo substituyó por el de «pacificación» como apareció en la *Instrucción* dirigida al virrey del Perú, sobre poblaciones y nuevos descubrimientos.

#### **IV. LAS CAPITULACIONES COMO FUENTE INICIAL DEL DERECHO INDIA- NO Y COMO TÍTULO DE LA OBLIGACIÓN DE POBLAR**

La obligación general de poblar, además, les fue impuesta a los Adelantados en los títulos individuales que obtuvieron de la Corona para la empresa de descubrimiento y conquista.

Y estos títulos fueron las capitulaciones, las cuales se convirtieron en el instrumento título jurídico fundamental que sirvió para el proceso de descubrimiento, colonización y población. Se trataba, en términos contemporáneos de una especie de contrato de concesión territorial que la Corona otorgaba a los jefes de las expediciones descubridoras. Su origen fue enteramente medieval, consecuencia también de la Reconquista, como instrumento que otorgaba a los adelantados señorío de las tierras que se conquistaren; y se aplicaron también en la conquista de las islas Canarias en 1420, cuando el rey Juan II las dio en señorío a Alfonso de Las Casas sin sujeción a ningún oficio de la Corona y con la sola obligación de mantener fidelidad a Castilla.

En las capitulaciones dadas para la conquista de América se establecía la autoridad del adelantado sobre una tierra descubierta o por descubrir; se otorgaba el derecho de conquista, población y gobierno de la tierra sometida, de manera que los adelantados eran los gobernadores de las provincias descubiertas; se establecían las obligaciones del adelantado de sufragar la empresa con sus propios fondos; se fijaban los derechos que se reservaba la Corona en los nuevos territorios; y se determinaban los territorios a los cuales se podía dirigir el descubridor; y se le imponía al Adelantado la obligación de fundar pueblos.

En la ejecución de las capitulaciones, la Corona no corría con ningún gasto para el envío de la expedición, lo que quedaba a expensas del expedicionario. Por ello se le compensaba con privilegios de títulos y ganancias, y con facultades para repartir tierras y solares, para hacer repartimiento de indios, para erigir fortalezas y para proveer de oficios a las ciudades; y en las capitulaciones se establecía la participación de la Corona en las ganancias de la empresa.

El adelantado, además, era el responsable de su hueste, que era un ejército particular que constituyó el elemento humano de la conquista. Los hombres que se reclutaban para integrarlo pasaban a formar parte de la empresa, con derecho a que se les concedieran o repartieran tierras y solares. Es decir, en las empresas descubridoras, no había soldada y todos tenían derecho en los repartos de utilidades y en el botín.

#### **V. LA FORMA PARA FUNDAR, Y LA NECESIDAD DE UN ACTO SOLEMNE PARA LA DEFINICIÓN DEL TERRITORIO DE LAS PROVINCIAS**

En cuanto a la obligación de poblar, esta se estableció desde la primera capitulación que los Reyes otorgaron para el Nuevo Mundo, que fue la de Cristóbal Colón en 1492; y siendo su ejecución (fundar) el acto jurídico más importante del como un acto solemnísimos, del cual se dejaba constancia en acta levantada por escribano. El ceremonial era uniforme y formal; y venía descrito por precisión en los «manuales» o instrucciones dadas a los con-

quistadores. Mediante este se tomaba posesión de la tierra, inmediatamente se trazaba la plaza como un cuadrado o rectángulo, en la cual se clavaba el símbolo de la justicia y gobierno, y a partir de ella las calles se extendían formando una retícula, indicándose el sitio de la iglesia, siempre en el costado este de la plaza, y de los otros edificios públicos; y se repartían los diversos solares entre los vecinos, nombrándose las autoridades que regirían la ciudad, y disponiéndose los ejidos.

El pueblo como tal, por supuesto, al fundarse, no era absolutamente nada, salvo quizá un acta o una demarcación de calles y plaza y unas cuantas chozas que luego, con el correr del tiempo y de las actividades en torno al mismo se iban asentando y mejorando, surgiendo progresivamente la ciudad, ordenadamente, en el marco del plano trazado en la fundación.

Lo importante de este acto, aun cuando físicamente la ciudad no existiese, era que con el acta fundacional existía jurídicamente, como el título fundamental para el establecimiento del señorío o dominio de los monarcas españoles, y además, como el título fundamental para la demarcación del ámbito territorial de las gobernaciones otorgadas en las capitulaciones.

Hay que recordar, por ejemplo, que las provincias se definieron en Tierra Firme siempre con la sola indicación más o menos precisa de puntos en la costa del mar, así la Capitulación otorgada a Gonzalo Fernández de Oviedo en 1523, ampliada en 1525, para Gobernación de la provincia y puerto de Cartagena, se extendía desde el golfo de Urabá, que era el término de la Gobernación de Castilla del Oro, que había sido dada a Pedrarias Dávila en 1513, hasta dicho puerto de Cartagena; la Capitulación otorgada a Rodrigo de Bastidas en 1524, para Gobernación de la provincia y puerto de Santa Marta, se extendía desde el puerto de Cartagena, que era el término de la Gobernación de Cartagena, hasta el cabo de la Vela, en la parte occidental de la península de la Guajira; y la Capitulación otorgada a los Welser en Venezuela en 1528, para la Gobernación de la Provincia de Venezuela y cabo de la Vela, se extendía desde dicho el cabo de la Vela, que era a la vez el término de la Gobernación de Santa Marta, hasta el cabo de Maracapana (en el actual estado Anzoátegui) hacia el este.

Las provincias, por tanto, tenían una extensión determinada en la costa, pero tierra adentro, llegaban hasta donde poblaran y en todo caso, hasta el mar del Sur. Así se indicaba por ejemplo, en la capitulación de 27 de marzo de 1528 dada a Enrique Ehinger y Jerónimo Sailer, en la cual se señaló además, como término de la Gobernación, desde la costa (norte) hacia el sur «de la una mar a la otra», es decir, desde el mar Caribe tierra adentro hasta el mar del Sur. La prolongación de la Provincia hacia el sur, por tanto, en principio seguía una línea por el meridiano que pasaba por cada uno de los términos hacia el oeste (cabo de la Vela) y hacia el este (Maracapana). Sin embargo, su determinación precisa posteriormente, iba a depender de la labor de poblamiento.

En otras palabras, la fundación de pueblos, villas o ciudades en el territorio descubierto fue lo que en definitiva definió el territorio como formando parte de la provincia que integraba la Gobernación correspondiente.

Así, unas tierras podían haber sido descubiertas y visitadas por determinados adelantados o exploradores, pero mientras no las poblaban, no formaban parte de la Gobernación de la provincia a la cual servían. Si luego, otro adelantado bajo el mando del gobernador de otra Provincia las poblaba primero, el territorio se consideraba como perteneciente a esta última.

Se comprenderá, por tanto, la importancia del poblamiento para la definición del ámbito geográfico de las provincias respectivas. Por ejemplo, si los conquistadores alemanes de la Gobernación de Venezuela, entre 1530 y 1538, particularmente Alfinger, Hutten y Federmann, en sus correrías por los llanos al sur de los ríos Apure y Meta, hasta el Amazonas, por el valle de Pamplona y por el Valle de Upar, hubiesen fundado pueblos, buena parte del territorio de lo que luego fue parte del Nuevo Reino de Granada, hubiese sido de la Provincia de Venezuela.

Así lo señalaba, solo una década después de las expediciones de Alfinger, en 1548, el licenciado Juan Pérez de Tolosa, quien había sido nombrado por el Emperador como gobernador y capitán general de la Provincia de Venezuela por Real Cédula del 12 de septiembre de 1546. En efecto, en su célebre *Relación de las tierras y provincias de la gobernación de Venezuela*, de 1548, provincias que gobernó hasta 1549, decía:

Del dicho pueblo de Maracaibo, el dicho gobernador Ambrosio Alfinger entró la tierra adentro y llegó al Valle de Upare, que ahora está poblado por Santa Marta, que serais una treinta leguas desde Cabo de la Vela... Si esta Tierra la hubiera poblado el dicho Ambrosio, la Gobernación de Venezuela fuera próspera y tuviera poblado el Nuevo Reino de Granada, porque es el paso y camino por donde después se descubrió. Con ser esta tierra de los pacabuyes, no la pobló, antes siguió el río arriba de Cartagena, que es el río por donde vienen del Nuevo Reino de Granada, y dejó la derrota del Reino y resolvió sobre la culata de la laguna para volverse a Coro.

Por no poblar se perdieron las tierras descubiertas para la Provincia de Venezuela. La población, por tanto, era la garantía de la ocupación y, por tanto, el título de la pertenencia de la tierra descubierta y ocupada a la jurisdicción de una gobernación determinada. El caso de Quito es ilustrativo, pues su fundación urgente, virtualmente a la carrera, hizo que esa tierra quedase en la jurisdicción de la Capitulación dada a Francisco Pizarro y no en la jurisdicción de la Capitulación dada a Pedro de Alvarado.

En efecto, Francisco Pizarro, vecino de Tierra Firme, es decir, de la Provincia de Castilla del Oro y Diego de Almagro, vecino de la ciudad de Panamá, con licencia de Pedrarias Dávila habían ido a conquistar, descubrir, pacificar y poblar por la costa del mar del Sur por el levante, y con motivo de la relación que de ello hicieron a la Reina, esta otorgó Capitulación a Francisco Pizarro, el 26 de julio de 1529 para ir a la conquista de Tumbes, es decir, de la Provincia de Perú hasta 200 leguas tierra adentro. Con ello se inició a la conquista y poblamiento de las tierras de los Incas. Tres años después, el 5 de agosto de 1532, se otorgó Capitulación a Pedro de Alvarado, quien era adelantado y gobernador de la Provincia de Guatemala, para ir a «descubrir y conquistar las islas en la Mar del Sur de la Nueva España», particularmente que existieran hacia el poniente de la Mar, aun cuando

con la salvedad de que no se hiciese «en el paraje de las tierras en que oy ay probeidos gobernadores», es decir, que perteneciesen a otras Capitulaciones.

En las huestes de Pizarro estaban Diego de Almagro y Sebastián de Belalcázar. Ambos, en marzo de 1534, salieron desde puntos diversos para tratar de cerrar el paso a la penetración e intromisión que en esas tierras, que pertenecían a la Capitulación de Pizarro, había iniciado Pedro de Alvarado al amparo de su Capitulación. A los efectos de evitar una confrontación que por las fuerzas de Alvarado, mayor en número, podría implicar una derrota, Almagro y Belalcázar decidieron a toda urgencia, en la noche del 15 de agosto de 1534, fundar una ciudad en el lugar de Riobamba, donde estaban acampados, a la que llamaron Santiago de Quito. Dicha fundación la hizo Almagro, en su carácter de Lugar-Teniente del gobernador y capitán general Francisco de Pizarro. Se trató inicialmente de una ciudad en el papel del acta fundacional, pues el sitio definitivo no estaba decidido. Sin embargo, se nombraron de inmediato los alcaldes y regidores. En esta forma cuando Alvarado llegó al sitio al día siguiente se encontró con un pueblo ya fundado y jurídicamente establecido, y por tanto, con que las tierras ya pertenecían a la jurisdicción de la Gobernación de Pizarro.

Aun cuando la ciudad de Santiago en ese momento no era más que un campamento, Pedro de Alvarado, no pudo fundamentar su propósito de justificar la penetración en esos territorios sobre la base de considerarlos como tierras por descubrir que estarían fuera de la jurisdicción de Pizarro. La fundación de Quito, por ello, convirtió el territorio ocupado en parte de la Gobernación de Pizarro. El resultado de ello fue el abandono por Alvarado de su intento, pues su gente se había pasado a la de Almagro; por lo que vendiendo sus navíos a Almagro y entregándole su gente, regresó a Guatemala.

Diego de Almagro entonces, casi dos semanas después de la primera fundación, el 28 de agosto de 1534 decidió fundar una segunda ciudad denominada San Francisco de Quito, en el mismo sitio, pero incorporando esta vez las huestes que habían sido de Alvarado. Así, San Francisco de Quito, sustituyó a Santiago de Quito.

Ya para esa fecha, en todo caso, el 21 de mayo de 1534 se había otorgado a Diego de Almagro Capitulación para descubrir doscientas leguas del mar del Sur hacia el estrecho de Magallanes, con lo que se inició la conquista de Chile. De regreso al Perú se enfrentó con Pizarro por la posesión del Cusco, terminando sus días decapitado (1538) por orden de Hernando Pizarro, quien lo venció en la batalla de Salinas.

Por su parte, Sebastián de Belalcázar como teniente general de la Gobernación de Pizarro, posteriormente inició expedición hacia el norte llegando a la Sabana de Bogotá en 1538, donde ya estaba Gonzalo Jiménez de Quesada, teniente de gobernación de la Provincia de Santa Marta, donde había llegado después de remontar el río Magdalena. Allí, en el Valle de los Alcázares de Bogotá, en la tierra de los *muiscas*, al llegar en el mismo año, el 6 de agosto de 1538, fundó a la carrera un pueblo con el nombre de la Ciudad Nueva de Granada, precisamente porque sabía que al mismo paraje llegarían las huestes de otros dos adelantados: uno, que venía desde las provincias del sur, el mismo Sebastián

de Belalcázar, y otro, que venía desde el este, Nicolás de Federman, teniente de gobernación de los Welsares en la provincia de Venezuela. Con la fundación inicial podía considerarse que esas tierras ya estaban ocupadas por Jiménez de Quesada, al estar poblada. El conflicto, sin embargo, fue inevitable. Por una parte, la presencia de las huestes de los tres conquistadores en la Sabana, condujo a que Jiménez de Quesada —como había sucedido en Quito— hiciera una nueva fundación, el 27 de abril de 1539 esta vez de Santa Fe de Bogotá con la participación de las tres huestes, aun cuando conservando las huestes quedadistas la mayoría de los cargos concejiles. En esta forma, Santa Fe de Bogotá. Pero como los tres conquistadores reclamaron jurisdicción sobre esas tierras, ese mismo año de 1539 los tres conquistadores se embarcaron por el río Magdalena y luego en Santa Marta, para embarcarse hacia España, donde debieron dirimir sus derechos ante el Consejo de Indias, entidad que solo fue después de una década de pleitos, cuando reconoció los derechos a favor del licenciado en derecho Jiménez de Quesada, quien entonces regresaría a América en 1549 como Capitán general del Nuevo Reyno de Granada.

La fundación de una ciudad y su permanencia, por tanto, era el título jurídico para que un territorio formara parte de una determinada gobernación. Por ello, también, la destrucción de una ciudad era el mecanismo para que un territorio dejara de pertenecer a determinada gobernación. Así sucedió, por ejemplo, con la villa de Bruselas, fundada cerca del golfo de Nicoya, en Costa Rica, por Francisco Hernández de Córdoba en 1524, en nombre del gobernador Pedrarias Dávila de la Provincia de Castilla del Oro. Después de fundar el mismo año, en tierras de Nicaragua, las ciudades de León y Granada, Hernández de Córdoba, pretendió desligar los territorios descubiertos de la autoridad de Pedrarias, ordenando en 1525 la destrucción de la villa de Bruselas. La consecuencia de tal acto fue que Pedrarias fuera personalmente desde Panamá hacia Nicaragua para tomar el gobierno de esos territorios para su gobernación, ordenando a Gonzalo de Badajoz la repoblación de la villa de Bruselas para asegurar la pertenencia de las tierras de la costa del Pacífico de Costa Rica a la Provincia de Castilla del Oro. Además, apresó al rebelde Hernández de Córdoba, a quien ejecutó como castigo por su delito territorial. Pero al año siguiente, Pedrarias había sido reemplazado en la Gobernación de Castilla del Oro, a la cual los pobladores de la villa de Bruselas habían decidido permanecer. En vista de que en la Provincia de Nicaragua había sido designado Diego López de Salcedo como gobernador, este de nuevo ordenó la destrucción de la villa de Bruselas para buscar que las tierras de Nicoya pasaran a su gobernación. Luego, el mismo Pedrarias esta vez nombrado gobernador de Nicaragua en 1529, logró que por Real Cédula de 1530 la villa de Bruselas se adscribiera definitivamente a esa gobernación, desligándose de Castilla del Oro, con lo cual décadas después, las tierras de Costa Rica se conquistarían desde Nicaragua. La villa de Bruselas, sin embargo, no sobrevivió a estos atentados territoriales, habiendo asumido el carácter de centro de conquista en la zona, a partir de 1561, la villa de Garcimuñoz, que fue el origen de la ciudad de Cartago.

Por último, debe indicarse que con el acto fundacional, y de acuerdo con la licencia recibida, en general se establecía el tipo de entidad urbana que debían establecer los adelantados, distinguiéndose entre las villas y ciudades las cuales, a diferencia de las rancherías o sitios, siempre surgieron de un acto fundacional formal. Las villas eran centros poblados fundados con la



finalidad expresa de servir de base para la ocupación de un territorio y la subsiguiente penetración de otros no ocupados por españoles. Las ciudades, por su parte, tenían una categoría superior dada su permanencia, por lo cual eran siempre fundadas deliberadamente, también con todas las formalidades, pero sin que el condicionante fuese la penetración del territorio. También se otorgaba por real Cédula el título de ciudad, a villas previamente fundadas.

## **VI. LA NECESIDAD DE LICENCIA, PODER FUNDAR Y LA PENA DE MUERTE POR POBLAR SIN ELLA**

Por otra parte, como antes se dijo, para descubrir, conquistar y poblar se requería de un título y ese fue en su inicio el de las capitulaciones, cuyo régimen quedó instituido y generalizado a partir de la Real Provisión dada en Granada el 3 de septiembre de 1501, en la cual se estableció: «Por la presente ordenamos e mandamos e prohibimos e defendemos que ninguna ni algunas personas, nuestros súbditos e naturales de nuestros reinos e señoríos, ni extraños de fuera de ellos, sean osados de ir ni vayan sin nuestra licencia e mandado a descubrir el dicho Mar Océano, ni a las islas e tierra firmes que en él hasta agora son descubiertas o se descubrieren de aquí adelante».

El fundar una villa o ciudad, sin licencia, por tanto, se consideraba como un delito que podía acarrear la pena de muerte y pérdida de todos los bienes. Lo mismo ocurría respecto del que destruyera una villa sin licencia.

Por ello, por ejemplo, Hernán Cortés, legitimó su empresa conquistadora fundando sin título una ciudad (Villa Rica de la Vera Cruz), de cuyas autoridades se hizo otorgar los títulos necesarios para la conquista de la Nueva España. En efecto, Hernán Cortés, alcalde de Santiago de Cuba, cuando en 1519 desembarcó en las costas de México con la misión que le había dado el gobernador de la isla de Cuba, Diego de Velásquez, de buscar a otros expedicionarios. Al percatarse de la riqueza del Imperio azteca que había descubierto, y consciente de que no tenía licencia para descubrir, conquistar y poblar, como conecedor del derecho por sus estudios en Salamanca, lo que hizo aun sin licencia, fue fundar un pueblo al cual llamó la Villa Rica de la Vera Cruz, para de inmediato renunciar al mando del ejército y al precario mandato que tenía del gobernador Velásquez, ante las mismas autoridades que venía de nombrar. Acto seguido, los alcaldes de la Villa por él designados le dieron el título de adelantado de la ciudad, con lo que «quemando las naves» para impedir el regreso de su hueste a Cuba, emprendió la conquista de México. Sin duda, la importancia de la riqueza descubierta y conquistada fue lo que le permitió salir airoso del largo proceso judicial que le entabló Velásquez ante la Corte del Emperador Carlos V, del cual salió con el título de gobernador y capitán general de la Nueva España.

En Venezuela dos casos famosos ilustran la problemática y las consecuencias de fundar pueblos sin licencia. En primer lugar, está el caso de Juan Rodríguez Suárez, el «Caballero de la Capa Roja», y uno de los conquistadores y pobladores más destacados de la Provincia de Venezuela. Como alcalde que era de las minas de oro de Pamplona, y luego de la propia ciudad, fue autorizado por el Cabildo para emprender nuevos descubrimientos al norte, en las Sierras Nevadas, luego de los fracasos de los intentos precedentes por

descubrir allí minas, entre otros, de Juan de Maldonado, quien también había sido alcalde de la ciudad, y su enemigo.

En 1558, Juan Rodríguez Suárez partió hacia las Provincia de las Sierras Nevadas situadas en lo que hoy es el Estado Mérida de Venezuela, y luego de pasar por los valles de Cúcuta, del Torbes, del Cobre y de La Grita, por Bailadores y Estanques, en lugar de descubrir minas, en la ribera de la laguna de Urao (Lagunillas), fundó, el 9 de octubre, la ciudad de Mérida en recuerdo de su ciudad natal extremeña. Nombró autoridades reservándose el cargo de justicia mayor. Al mes siguiente cambió de lugar el sitio de la ciudad, trasladándola a la mesa de Tatey, en el valle del Chama, nombrando a los ríos que limitaban la meseta con los mismos nombres de Guadiana (Chama) y Albarregas que flanqueaban su ciudad natal, fijándole su término territorial, el cual, por supuesto, competía con el que tenía la ciudad de Pamplona.

El «Caballero de la Capa Roja» no tenía licencia alguna para fundar ciudades, por lo que la Real Audiencia de Santa Fe comisionó al alcalde de Pamplona, Juan de Maldonado, para hacerlo preso por haber cometido el delito de fundar una ciudad para lo cual no tenía licencia real, lo que afectaba el ámbito territorial de Pamplona. Juan de Maldonado salió para Mérida, y Rodríguez Suárez, quien no había encontrado oro ni siquiera en la culata del lago de Maracaibo, donde desemboca el Chama, fue a su encuentro. Al tener conocimiento de las órdenes de la Real Audiencia, accedió a cambiar nuevamente el sitio de la ciudad, más arriba, aguas arriba del río Chama, la cual entonces fue «refundada» por Juan de Maldonado, formalmente con el nombre de Santiago de los Caballeros.

A pesar de ello, Rodríguez Suárez fue hecho prisionero y llevado a Bogotá, donde fue sentenciado a muerte en 1560. Logró, sin embargo, escapar de prisión con la ayuda del obispo de Santa Marta, y fue a dar a la ciudad de Trujillo en los mismos Andes venezolanos, fundada por otro extremeño de Trujillo, Diego García de Paredes, quien lo acogió y nombró su Teniente. Cuando los enviados del oidor de la Audiencia de Santa Fe llegaron a aprehenderlo, ante la orden escrita de arresto, el Alcalde les dijo tranquilamente que allí nadie sabía leer ni escribir sino «el Ave María y el Padre Nuestro», y que sobre el hombre de la Capa Roja —como se conocía a Rodríguez Suárez— pesaban las mejores referencias. La insistencia del oidor de la Audiencia de Santa Fe fue tal que envió una orden de arresto no solo de Rodríguez Suárez sino de su protector García de Paredes a la ciudad de El Tocuyo, donde estaba el gobernador de la Provincia de Venezuela, Pablo Collado. La respuesta de Collado fue la jurídicamente correcta: que la jurisdicción de la Audiencia de Santa Fe no llegaba hasta la Provincia de Venezuela donde estaba enclavada la ciudad de Trujillo, la cual estaba sometida a la Audiencia de Santo Domingo, con lo que puede decirse que se consolidaría el primer caso de asilo político que se otorgó en América.

Otro caso de fundación sin licencia que puede destacarse, es el de Francisco de Cáceres, con la fundación de la villa de La Grita. Este conquistador había participado en la guerra que en 1559, Felipe II había emprendido contra el imperio turco. En la derrota cayó prisionero y fue llevado a Marruecos. Luego estuvo como esclavo remero

amarrado como galeote en una de las galeras de la armada turca que señoreaban en el Mediterráneo. Después de algunos años fue conducido a Constantinopla y entró al servicio de un Bajá de Solimán el Magnífico. Logró huir atravesando el Bósforo, y pasando por lo que hoy es Bulgaria, Hungría y Austria, en 1567 llegó a España. Se alistó en la expedición de Diego Fernández de Serpa cuando fue a tomar posesión de la Gobernación de Nueva Andalucía, a quien acompañó entre 1569 y 1570 en sus andanzas. Pero el gobernador murió en 1570 en un ataque indígena en el sitio de Nueva Córdoba (Cumaná). La desbandada de los expedicionarios llevó a Cáceres al Nuevo Reino de Granada, y en particular, a la Provincia de Pamplona. Desde allí, en el valle de La Grita fundó, en 1572, una ciudad con el nombre de Espíritu Santo), para lo cual no tenía licencia. Por orden de la Real Audiencia de Santa Fe fue ordenado su encarcelamiento, pero luego de viajar a España, con influencias en la Corte de Felipe II logró la confirmación por Orden Real en 1574, de la conquista y poblamiento de la provincia de Espíritu Santo. La Capitulación para ello se le otorgó el año siguiente, en Santa Fe, con el título de gobernador y capitán general de la Provincia de Espíritu Santo de la Grita y Cáceres, título con el que «refundó», esta vez legalmente, la ciudad del Espíritu Santo. Luego fundó, en 1577, por intermedio de Juan Andrés Varela, a Altamira de Cáceres, en el Cañón del Río Santo Domingo, ciudad de la cual surgieron, posteriormente, por traslado, las ciudades de Barinitas y de Barinas. Murió en 1588, también a manos de los indios, entre los ríos Meta y Casanare.

## **SEGUNDA PARTE: SOBRE CÓMO SE ASEGURÓ EL PROCESO DE FUNDACIÓN DE CIUDADES Y SOBRE CUÁL FUE LA ORGANIZACIÓN QUE SE ESTABLECIÓ PARA ELLO**

La respuesta a la segunda pregunta formulada sobre cómo se aseguró el poblamiento como política imperial, está en la organización política y administrativa que la Corona española estableció para llevar adelante el proceso de descubrimiento y conquista de América, tanto en la Península como en el territorio americano.

### **I. LA ADMINISTRACIÓN DE LOS ASUNTOS DE LAS INDIAS EN LA CORONA Y EL REAL CONSEJO DE LAS INDIAS**

En cuanto a la situación en los reinos de Castilla y Aragón, debe recordarse que apenas iniciado el proceso de conquista en 1504 murió la reina Isabel, habiendo ordenado en su testamento que si Juana su hija y heredera del reino no podía gobernarlo por estar ausente o por otra razón, lo hiciese el rey Fernando hasta tanto su nieto, el infante Carlos de Gandes, hijo de Juana y Felipe de Habsburgo, cumpliera 20 años. Con ello, Fernando había perdido en vida el título de rey de Castilla y de Señor de las Indias, quedando solo como gobernador y administrador del Reino.

En 1506 de Juana y Felipe a España recibieron el juramento de las cortes de Castilla en Valladolid como los nuevos reyes de España, pero a los pocos meses el archiduque falleció en Burgos. Al año siguiente, Juana dio a luz a su última hija, y ya no salió nunca más de Tordesillas, donde pasó 46 años encerrada de «locura», hasta su muerte en 1555.

En 1516, falleció Fernando, quien dispuso en su testamento que Carlos lo sucediera como rey de Aragón, y en cuanto al reino de Castilla, su herencia también debía recaer sobre él, pero solo cuando la reina Juana muriese. Hasta que ello ocurriese y Carlos pudiese asumir el trono, Fernando, en su carácter de gobernador General, dejó como Regente al Cardenal Fray Francisco Ximénez de Cisneros, para que administrara y gobernara los Reinos. En 1517 Carlos I llegó a España y en ese mismo año murió el cardenal, cumplida su labor de regente. Al ser proclamado rey de España, Carlos I no tenía nada de español; pues educado en los Países Bajos, le era totalmente extrañas el alma, la cultura y la historia hispánica. Era un flamenco y lo sería siempre, por lo que los negocios españoles le fueron siempre accesorios.

En todo caso, antes de su coronación, entre 1506 y 1516, los asuntos de las Indias habían seguido un curso importante, de manera que en las Antillas del Nuevo Mundo se había desarrollado una actividad inusitada de exploración y descubrimiento del mundo circunvecino: en 1508, Diego de Nicuesa y Alonso de Hojeda habían recibido Capitulación para comerciar en Urabá y Veragua, fundándose en 1510, San Sebastián de Urabá y Santa María la Antigua del Darién; en 1509, Juan de Esquivel había iniciado la colonización de Jamaica; en 1511, se había efectuado la colonización de Cuba por Diego Velásquez; en 1512, había comenzado el poblamiento de Puerto Rico a cargo de Juan Ponce de León; en 1513, Vasco Núñez de Balboa había descubierto el mar del Sur (océano Pacífico); en el mismo año se le había otorgado Capitulación a Pedrarias Dávila para colonizar la Provincia de Castilla del Oro; y en 1515 y 1516, Díaz de Solís había explorado el estuario del Río de la Plata.

En esta forma, para cuando Fernando murió y luego para cuando Carlos I se juramenta como rey de España, ya habían sido colonizadas en el Nuevo Mundo las grandes Antillas: Española, Cuba, Puerto Rico y Jamaica; había sido descubierta la península de Florida; habían sido exploradas las costas norte y este de Sur América y las costas del sur de Centro América, y se hallaba en formación un centro de colonización en tierra firme, en el istmo de Panamá. Posteriormente, sin duda, durante la época de Carlos V fue que se consolidó la conquista de América y se realizaron las más importantes penetraciones en el territorio del Nuevo Mundo; y ello, a pesar de que los asuntos americanos no tuvieron gran importancia, siendo los mismos asuntos españoles, un aspecto más del vasto Imperio.

No hay que olvidar que Carlos V habría de enfrentar las guerras civiles (Guerra de las Comunidades) que se desataron en Castilla entre 1520 y 1521 provocadas por los señores españoles en búsqueda de preservar sus fueros, bajo el grito de «Comunidad» y la proclamación de su madre Juana como única heredera; tendría que detener los avances de Solimán el Magnífico, quien se había entronizado hacia el Oriente luego de la caída de Constantinopla (1453) en poder de los turcos, pues en 1521 ya había entrado en Belgrado y en 1529 entraría en Budapest, año en el cual también cercaría a Viena; continuaría la guerra contra los franceses, de manera que entre otros acontecimientos, en 1522 estos serían expulsados de Milán, y en 1525 vencería a Francisco I en la batalla de Pavía, haciéndolo prisionero; tendría que enfrentar el proceso de la Reforma y el surgimiento del

protestantismo, lo cual coincidió con el inicio de su reinado, haciéndole guerra a los protestantes hasta 1555, cuando con la Paz de Habsburgo se produjo el reconocimiento de la religión luterana; y además, entraría en conflicto con los papas por el temor de estos a la pérdida de su poder temporal, habiendo, sin embargo, sido coronado por el Papa en 1530, como emperador y rey de Italia. No se olvide, en particular, que la reforma protestante se inició precisamente en 1517 con las 95 tesis de Martín Lutero, denunciando, entre otras cosas, la venta de indulgencias y quien después de su excomunión en 1520, sería desterrado por Carlos v.

En 1556, un año después de la muerte de su madre, Juana la Loca, el Emperador abdicó a las Coronas y se retiró a España, donde murió enclaustrado en el monasterio de San Jerónimo de Yuste en la Sierra de Gredos, el 21 de septiembre de 1558.

Fue que durante el reinado de Carlos I se consolidó el proceso de descubrimiento y conquista de las provincias de Tierra Firme. El año 1519, así, fue cuando se fundó la ciudad de Panamá y Hernán Cortés fundaba la villa de La Victoria el primer asentamiento en las costas de Tabasco e en México, para iniciar la conquista de la Nueva España. En las casi cuatro décadas del reinado de Carlos puede decirse que los españoles tomaron posesión de casi todas las tierras americanas mediante la fundación de decenas de ciudades, adquiriendo la empresa americana completamente un carácter de empresa real, ya que precisamente el mismo año de la abdicación de Carlos V, en 1556 el Consejo de Indias declaró formalmente a los Welser privados de sus derechos sobre la Provincia de Venezuela, asumiendo la Corona la autoridad directa sobre la misma.

Dada la magnitud del Imperio y de los asuntos imperiales, Carlos V fue uno de los monarcas que haría el mayor uso del régimen de Consejos, los cuales combinaban tareas administrativas y jurídicas, pero con predominio de estas últimas. Uno de esos Consejos fue, por supuesto, el Consejo Real de Castilla, cuyo presidente era quien en ausencia de Carlos ostentaba la regencia de toda la Península, en el cual Carlos delegó los asuntos de América.

Fue dicho Consejo el que se ocupó de los asuntos de las Indias. Inicialmente, mediante delegación de orden técnico que los Reyes Católicos dieron en 1493 a uno de sus miembros, el obispo Juan Rodríguez de Fonseca. Fue en dicho Consejo en 1518, que el Emperador creó una Junta o Comisión de Indias, en la cual también participó Fonseca, que se especializó en los asuntos de las Indias. Este Comité permanente del Consejo Real de Castilla integrado por algunos de sus miembros para atender los asuntos de las Indias, en 1524 se transformó en el Real y Supremo Consejo de Indias, como órgano eminentemente jurídico pero que también combinaba en su seno funciones de tribunal de apelación, de órgano asesor y ministerio de supervisión de los asuntos coloniales. La función de legislación, aunque teóricamente estaba reservada al rey, también se ejercía con frecuencia por el Consejo, con la aprobación formal del rey.

Desde su constitución en 1524, todo el gobierno político y administrativo de los territorios de Indias estaría en manos de este Consejo: la jurisdicción civil y criminal en última

instancia; el nombramiento de funcionarios; las expediciones de descubrimientos; la hacienda colonial y tratamiento de indios, entre otros aspectos. Además, con la creación del Consejo de Indias en 1524, se hizo depender del mismo a la Casa de Contratación, que había sido establecida en 1503 para centralizar todos los aspectos de comercio y navegación con las Indias, y donde se almacenaba todo lo que se destinaba a América y todo lo que de ella llegaba a la Península. Fue en todo caso en las *Leyes nuevas* de 1542 donde se fijó la estructura del Consejo y su función de velar por los indios. El producto más acabado del Consejo de Indias en materia de poblamiento, fueron las *Ordenanzas de Descubrimiento y Población* de 1573, en las cuales se reguló todo lo concerniente al poblamiento y al trazado regular de la ciudad hispanoamericana, recogándose en cierta forma todo lo que había ocurrido en la materia en las décadas precedentes.

## II. LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LAS INDIAS

El proceso de poblamiento de América por la Corona española dio origen al progresivo diseño de una forma particular de organización del territorio para su gobierno, que puede decirse que solo se aplicó en el Nuevo Mundo, pues fue establecido particularmente para América, y sin la cual, por supuesto, la Corona no habría podido manejar centralizadamente los asuntos de las Indias. Surgieron así, progresivamente, Provincias, Audiencias y Virreinos, las cuales fueron las instituciones territoriales claves que se implantaron en el Nuevo Mundo.

### 1. Las provincias

La primera forma de organización territorial de las Indias fue la del Virreinato de Colón, otorgado conforme a las capitulaciones de Santa Fe de 1492, el cual duró siete años hasta 1499, cuando se desplomó, con la designación de Francisco de Bobadilla como juez perseguidor y haber Colón sido detenido y llevado a España donde murió en 1506. Si bien antes los Reyes lo perdonaron, nunca recuperó su Virreinato, el cual fue sustituido por la organización en Provincias y gobernadores. Entre 1508 y 1515, sin embargo, después de un largo pleito, se nombró a Diego Colón gobernador de la Española, habiéndosele reestablecido en 1511, el Virreinato del Almirante, el cual con muchas vicisitudes y sin mando efectivo se extinguió definitivamente con la muerte de Diego Colón en 1526.

Lo cierto fue que a partir de 1499, el territorio americano se comenzó a organizar en tres Provincias o Gobernaciones: la primera, la de la isla La Española, que comprendía las islas y tierra firmes descubiertas hasta entonces por Colón, para la cual después de Bobadilla, se había designado como gobernador a Nicolás de Ovando, el 3 de septiembre de 1501; la segunda, la de la isla de Coquibacoa (que era la Península de la Guajira), que se había otorgado en Capitulación a Alonso de Hojeda el 26 de julio de 1500, después, con título de gobernador el 10 de junio de 1501, ampliado en Capitulación de 30 de septiembre de 1504, para llegar hasta el golfo de Urabá; y la tercera, la que se concedería el 5 de septiembre de 1501, en lo que es hoy tierra brasileña, a Vicente Yáñez Pinzón «para ir a descubrir desde la Punta de Santa María hasta Rostro Hermoso y el Río Santa María de la Mar Dulce» (Amazonas). Solo la primera provincia existió efectivamente, pues las dos últimas no llegarían a poblarse.

Posteriormente, el 12 de julio de 1503, se le otorgaría capitulación a Cristóbal Guerra para llegar a descubrir la Costa de las Perlas y otras islas, hasta el golfo de Urabá, con tal de que no fuera lo descubierto por Colón hasta 1498; y a Juan de la Cosa, el 14 de febrero de 1504, para ir a descubrir el golfo de Urabá. Sin embargo, ninguna de estas provincias llegaría a establecerse efectivamente, entre otros factores, por ausencia de poblamiento.

Posteriormente, el 9 de junio de 1508 se otorgó capitulación a Diego de Nicuesa y a Alonso de Hojeda para comerciar en Urabá y Veragua, nombrándoseles capitanes y gobernadores, quienes fracasaron en su empresa por la negativa de apoyo de Diego Colón a la provincia, la cual, sin embargo, había sido constituida de hecho por Vasco Núñez de Balboa en el Darién y Tierra Firme. En 1512 además, se otorgó Capitulación a Juan Ponce de León para descubrir y poblar Florida y la isla de Bimini, otorgada el 23 de febrero de 1512, la cual no llegó a constituirse.

La gobernación del Darién se consolidaría, luego del descubrimiento del Mar del Sur en 1513 por Balboa, con el nombramiento de Pedrarias Dávila como gobernador y capitán general de la provincia de Castilla del Oro.

Luego de la ocupación de la isla de Cuba por el teniente de gobernador de Colón, Diego Velásquez, este trató de independizarse habiendo obtenido Capitulación el 13 de noviembre de 1518, para descubrir y conquistar Yucatán y Cozumel. Envío a Hernán Cortés a buscar otros expedicionarios, habiendo desarrollado por su cuenta la conquista de Nueva España (1519-1521), lo que se extendió a Honduras (1521), separando su autoridad de la de Velásquez

Por su parte, Pedrarias extendió sus expediciones desde Panamá hacia el norte, por Costa Rica, Nicaragua y Honduras (1519-1524).

La confusión que tantos descubrimientos había producido entonces en el gobierno de las Indias, tanto en el Caribe como en Centroamérica, paralelamente a la consolidación de la Provincia de la Nueva España, fue lo que, entre otros factores, provocaron en 1524 la creación del Consejo Real de las Indias, precisamente para reordenar el gobierno de las Indias, lo que se facilitó a partir de la muerte de Diego Colón, el 23 de febrero de 1526.

Con el Consejo Real de las Indias y con el rápido proceso de la conquista en América, puede decirse que se multiplicó el sistema de Provincias. En primer lugar se dividieron las que en ese momento existían: de la Provincia de la isla La Española, se separaron Puerto Rico y Cuba; de la Provincia de Tierra Firme o Castilla del Oro, se separó Nicaragua; y de la Provincia de la Nueva España, se separaron Guatemala y Honduras. Surgieron además otras nuevas Provincias y Gobernaciones: en las costas de Suramérica: la de Cartagena, en Capitulación otorgada a Gonzalo Fernández de Oviedo, el 26 de junio de 1523; la de Santa Marta, en Capitulación dada a Rodrigo de Bastidas, el 6 de noviembre de 1524; la de Margarita, en Capitulación a Marcelo Villalobos de 18 de marzo de 1525; la de Curaçao, Aruba y Bonaire, en Capitulación otorgada a Juan de Ampíes, el 15 de noviembre de 1526; y la de cabo de la Vela y Venezuela, en Capitulación otorgada a Ambrosio Ehinger y Gerónimo Sailer, el 27 de marzo de 1528.

En Centroamérica, se creó la Provincia de Yucatán y Cozumel, en Capitulación dada a Francisco de Montejo, el 8 de diciembre de 1526; y en el Perú, la Provincia surgida de Capitulación otorgada por Pedrarias Dávila a Francisco de Pizarro, confirmada por el Rey el 17 de mayo de 1527, y la que le dio el Rey, el 26 de julio de 1529.

Por otra parte, el 14 de septiembre de 1526, después de la muerte de Diego Colón, la Audiencia de Santo Domingo que se había creado en 1511, se convirtió en Real Audiencia y Cancillería con jurisdicción sobre todas las Indias, hasta el año siguiente cuando se creó la Audiencia de Nueva España, con jurisdicción en el territorio continental del golfo de México desde Honduras hacia el norte, y hacia el este, hasta Florida. En 1538 se creó la Audiencia de Panamá, con jurisdicción hasta Nicaragua, Veragua y Tierra Firme, excepto la Provincia de Venezuela, que quedó sujeta a la de Santo Domingo.

La institución del Virreinato en las Indias reapareció el 17 de abril de 1535, cuando se nombró a Antonio de Mendoza, virrey y gobernador de la Nueva España y presidente de la Real Audiencia de esa Provincia. En 1542, con las *Nuevas Leyes* se suprimió la Audiencia de Panamá y se creó el Virreinato del Perú, con Audiencia presidida por el virrey y gobernador. En Centroamérica, en 1542, se creó la Audiencia de Guatemala y Nicaragua, y en 1547 se creó la Audiencia de Santa Fe de Bogotá.

De lo anterior resulta que durante todo el proceso de conquista y colonización española en América, desde comienzos del siglo XVI hasta el inicio del siglo XIX, la *Provincia* se configuró como la estructura territorial básica para lo militar, la administración y el gobierno y la administración de justicia en los territorios de ultramar. Estas Provincias como unidades territoriales básicas, giraban en torno a una ciudad, que con sus autoridades locales (Ayuntamiento o Cabildo) hacía de cabeza de Provincia.

La provincia, así, durante todo el periodo del dominio español en América hasta comienzos del siglo XIX, fue una institución territorial creada y desarrollada por la monarquía española especialmente para el gobierno y la administración de los territorios de América, no existiendo en la Península una institución territorial similar; no teniendo el término mismo en la Metrópoli, ni siquiera un significado definido.

Esta unidad territorial básica de la *Provincia*, en todo caso fue la circunscripción territorial donde ejercía su autoridad un adelantado al inicio de la labor descubridora y de conquista, y luego un gobernador. El gobernador ejercía el poder militar, porque era capitán general y, además, tenía a su cargo las funciones administrativas, de gobierno y de administración de justicia. Estas Provincias, como circunscripciones territoriales, tuvieron diversas formas de creación en el tiempo. Inicialmente surgieron de las *Capitulaciones*, es decir, de los títulos otorgados por el monarca al jefe de una expedición proyectada, en las cuales se indicaban los derechos que la Corona se reservaba, así como los privilegios que se concedían a los participantes en la empresa descubridora. En ellas, al jefe de la expedición se le otorgaba el título de *adelantado*, con carácter vitalicio o hereditario y con amplísimos poderes militares, de administración y de gobierno. Posteriormente, fueron creados por la Corona por Reales Cédulas.



Los territorios de las provincias, solo se irían conformando progresivamente conforme avanzara el proceso de poblamiento de acuerdo con la penetración que se hiciera en el territorio. El gobierno de cada adelantado y su provincia, por tanto, llegaba hasta los términos de lo que poblara, es decir, hasta donde fundara pueblos, villas o ciudades juntando españoles o indios en un sitio escogido y designando sus autoridades locales.

Conforme el proceso de colonización fue avanzando, las Provincias se fueron clasificando según su importancia político-territorial en dos categorías: las provincias mayores, que eran aquellas en cuyos territorios se encontraban las sedes de las audiencias, institución que presidía el respectivo gobernador; las provincias menores, las cuales se encontraban más alejadas de la sede de aquellas, pero cuyo gobierno también estaba a cargo de sus respectivos gobernadores. Además, en otros casos, se establecieron corregimientos y alcaldías mayores en territorios o ciudades, respectivamente, que también se encontraban alejados de las provincias mayores, pero en los cuales no se consideraba necesario establecer una cabeza de Provincia ni un gobernador, sino un corregidor, generalmente para continuar la avanzada.

Tanto las provincias como los corregimientos y por supuesto, las ciudades donde tenían su sede o capital, fueron sometidos progresivamente a la jurisdicción de las otras dos instituciones políticas coloniales más importantes en el proceso de colonización americana, las audiencias y los virreinos.

## 2. Las reales audiencias

Las reales audiencias  *fueron*  creadas conforme al modelo de las Reales Audiencias y Cancillerías de los Reinos de Castilla y Aragón que habían sido creadas en Valladolid y Granada, y que abarcaron todo el territorio español peninsular, al norte y al sur del Tajo. De acuerdo al modelo peninsular, las Reales Audiencias tenían como función primordial la administración de justicia, por lo que entre otras competencias eran tribunales de alzada respecto de las decisiones de los gobernadores; pero se diferenciaron del modelo peninsular en que en América, además de las funciones judiciales, se constituyeron en importantes órganos corporativos de gobierno, carácter que no tuvieron en España. Así, en las Indias las Audiencias velaban por el mantenimiento del orden y buena gobernación de las ciudades; nombraban *ad interim* a los gobernadores y a los funcionarios de las que estaban sometidas a su jurisdicción; y en sus funciones deliberativas-gubernativas, producían los Reales Acuerdos.

Se distinguieron tres clases de audiencias: las audiencias virreinales, las audiencias pretoriales y las audiencias subordinadas. Las virreinales eran las que tenían su sede en la capital del Virreinato y estaban presididas por el virrey; las pretoriales, aquellas que tenían su sede en una provincia mayor, y cuyo presidente era entonces el gobernador y capitán general; y las subordinadas, generalmente situadas en una provincia menor, presididas por el gobernador. La primera audiencia creada en América fue la de Santo Domingo establecida en 1511.

### 3. Los virreinos

En cuanto a los virreinos, como su nombre lo indica, eran la representación del rey mismo en las colonias, estando sus territorios conformados por el del conjunto de audiencias, provincias, corregimientos y pueblos que se dispusiera. Los virreyes, así, fueron una especie de *alter ego* del rey, que reunían todas las competencias estatales de la monarquía en sus correspondientes Virreinos, configurándose como la más alta instancia después del rey. Además, por la inmensidad de las distancias, la dificultad de las comunicaciones con la Península y la urgencia de los problemas a ser resueltos, el virrey decidía por sí mismo sin plantear siquiera la cuestión a los altos organismos radicados en España (Consejo de Indias), por lo que hasta cierto punto, era *alter ego* de dichas instancias. Los virreyes, además, como se dijo, presidían la Real Audiencia virreinal, establecían los cambios de límites territoriales de las Audiencias que estaban en su jurisdicción territorial y promulgaban instrucciones para los gobernadores y capitanes generales, corregidores y alcaldes mayores, quienes debían consultar al virrey sobre las resoluciones de importancia que debían adoptar.

### III. LA AGRUPACIÓN DE LAS AUDIENCIAS EN LOS VIRREINATOS EN LA RECOPIACIÓN DE LOS REYNOS DE LAS INDIAS (1680)

Conforme a este esquema institucional, cuando en 1680 se publicó la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, el territorio de la América colonial hispana estaba dividido en el de dos Virreinos, el de Nueva España, con sede en Ciudad de México, establecido en 1535; y el del Perú, con sede en Lima, establecido en 1543, que agrupaban once Audiencias, cuatro que estaban en el ámbito del territorio del Virreinato de Nueva España y siete en el del Virreinato del Perú. Además, existía una Audiencia en Manila, en el archipiélago de las Filipinas, cuyas islas habían sido conquistadas y pobladas desde el Virreinato de Nueva España. En el siglo XVIII, al crearse los Virreinos de Nueva Granada (1717), y Río de la Plata (1776), quedaron en la jurisdicción del primero, las Audiencias de Santa Fe, Panamá, Quito y Venezuela; y dentro de las del segundo, las de Buenos Aires y Charcas.

#### 1. Las audiencias en el virreinato de Nueva España

En el virreinato de Nueva España, cuyo territorio abarcaba todas las islas y casi todas las provincias que se encontraban en el ámbito del mar Caribe, conforme se indicó en la *Recopilación* de 1680, funcionaban las siguientes Reales Audiencias:

a) *La Real Audiencia de Santo Domingo*. Con sede en Santo Domingo en la isla La Española, que había sido establecida en 1511, y que presidía el gobernador y capitán general de la isla. De ella dependían las gobernaciones de la isla de Cuba, de la isla de San Juan de Puerto Rico, de la Provincia de Venezuela, de la Provincia de Cumaná (Nueva Andalucía) y de la isla de Margarita. También dependían de esta Audiencia las islas de Barlovento y de la Costa de la Tierra Firme. Su ámbito territorial abarcaba, por tanto, a las islas del mar Caribe y el territorio del norte de Sur América, de manera que

sus límites eran los de las Audiencias del Nuevo Reyno de Granada, de Tierra Firme, de Guatemala y de Nueva España.

b) *La Real Audiencia de México*. Con sede en Ciudad de México, que había sido establecida en 1527, y que presidía el virrey de Nueva España. De esta Audiencia dependían el Corregimiento de la Ciudad de México, la gobernación de la Provincia de Yucatán y las alcaldías del Castillo de Acapulco, de Tabasco, de Guavtla o Amilpas, de Tucuba, de Istlavaca o Metepeque y el Corregimiento de Veracruz. El ámbito territorial de la audiencia abarcaba buena parte del centro y oriente de México y por el este, la costa del golfo de México hasta el cabo de Florida. Tenía entre sus límites los de las audiencias de Guatemala y de Guadaluajara y los de la provincia de Florida.

c) *La Real Audiencia de Santiago de Guatemala*. Con sede en Santiago de Guatemala, había sido establecida en 1543, y la presidía el gobernador y capitán general de Guatemala. De esta Audiencia dependían las gobernaciones de Valladolid de Comayagua, de la Provincias de Costa Rica, de Honduras y de Nicaragua y de Soconusco, y los alcaldes de Verapaz, de Chiapa, de Nicoya, de Trinidad de Sonsonate, de Zapotitlán o SúcHITEPEQUE y de la Ciudad de San Salvador. El ámbito territorial abarcaba, por tanto, a casi todo Centro América y sus límites eran los de las Audiencias de Guadaluajara y de Tierra Firme

d) *La Real Audiencia de Guadaluajara de la Nueva Galicia*. Con sede en Guadaluajara, había sido establecida en 1548, y la presidía el gobernador de Guadaluajara. De esta Audiencia dependían la gobernación de Nueva Vizcaya, el Corregimiento de Zacatecas y las provincias de Nueva Galicia, Culiacán, Copala, Colima y Zacatula. Su ámbito territorial, por tanto, estaba en la parte occidental de México hacia el Pacífico y la parte norte de dicho país; y sus límites eran los de las Audiencias de Nueva España y de Guatemala.

El territorio de la República Dominicana y de la República de Cuba se formó en el territorio que era de la Audiencia de Santo Domingo. El territorio de la República de Venezuela se formó con parte de lo que era territorio de esa audiencia de Santo Domingo y parte del que fue de la Audiencia de Santa Fe del otro virreinato, el del Perú, pues la provincia de Mérida y La Grita, y la provincia de Guayana, incluida Trinidad, formaban parte del distrito de esta Real Audiencia de Santa Fe; y las Provincias de Venezuela, de Cumaná y de Margarita, formaban parte del distrito de aquella Real Audiencia de Santo Domingo de la isla La Española.

Los Estados Unidos Mexicanos se formaron con parte los territorios de la audiencias de México y de Guatemala y con el territorio de la audiencia de Guadaluajara; y las repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica, se formaron en el territorio que había sido de la audiencia de Guatemala.

Bajo la jurisdicción del virreinato de Nueva España, además, y sin estar sometido a las antes mencionadas cuatro audiencias, estaba el territorio del archipiélago de las Filipinas, sometido a su propia *Real Audiencia de Manila*, que había sido establecida en 1583. Además, estaba el territorio de la Gobernación de Florida, que si bien había quedado bajo la

jurisdicción del virrey de Nueva España, no estaba sujeta a ninguna Audiencia americana, sino directamente al Consejo de Indias.

## 2. Las audiencias en el virreinato del Perú

En cuanto al virreinato del Perú, en su territorio que abarcaba casi todo el territorio de Sudamérica, excepto el de su costa norte, pero incluido el del istmo de Panamá, conforme a la misma *Recopilación* de 1680, funcionaban las siguientes audiencias:

a) *La Real Audiencia de Panamá con sede en Panamá*. Había sido establecida en 1538 y la presidía el gobernador de la provincia de Tierra Firme (Castilla del Oro). De esta Audiencia dependían las gobernaciones de la provincia de Veragua y de la isla de Santa Catalina, y la alcaldía de San Felipe de Portobelo. El ámbito territorial de la audiencia, por tanto, llegaba por el mar del Sur hasta el puerto de la Buenaventura en la costa colombiana del Pacífico y por el mar del Norte hacia Cartagena, hasta el río Darién, teniendo entre sus límites, los de las Audiencias de Guatemala y de las Audiencias del Nuevo Reyno de Granada y de Quito.

b) *La Real Audiencia de Lima*. Con sede en la ciudad de los Reyes de Lima, había sido establecida en 1543, y la presidía el virrey del Perú. De esta Audiencia dependían los Corregimientos de Cuzco, de Caxamarca, de la Villa de Santiago de Miraflores de Zaña y pueblo de Chiclayo, de San Marcos de Arica, de Collaguas, de los Andes de Cuzco, de la Villa de Ica, de Arequipa, de Guamanga, de la Ciudad de San Miguel de Piura y del Puerto de Payta y de Castro-Vireyna. Los límites territoriales de la Audiencia eran los de las Audiencias de Chile, de La Plata y de Quito y tierra adentro, los de las provincias no descubiertas.

c) *La Real Audiencia de Santa Fe*. Con sede en Santa Fe de Bogotá, había sido establecida en 1548, y la presidía el gobernador y capitán general del Nuevo Reyno de Granada. De esta Audiencia dependían las gobernaciones de las Provincias de Cartagena, de Santa Marta, de Mérida y La Grita y de Trinidad y la Guayana o del Dorado y los corregimientos de Tocayama y Vague y de Tunxa. Los límites territoriales de la audiencia eran los de las audiencias de La Española, de Tierra Firme y de Quito.

d) *La Real Audiencia de Charcas*. Con sede en La Plata, había sido establecida en 1559. De la misma dependían las Gobernaciones de Chucuito y de Santa Cruz de la Sierra, y los Corregimientos de Potosí, de La Paz y de San Felipe de Austria y minas de Oruro. Los límites de la Audiencia eran los de las Audiencias de Lima, de Chile y de la Trinidad, Puerto de Buenos Aires, y además, la línea de demarcación entre las Coronas de los Reynos de Castilla y Portugal por la parte de la provincia de Santa Cruz del Brasil.

e) *La Real Audiencia de San Francisco de Quito*. Con sede en Quito, había sido establecida en 1563, y de la misma dependían el Corregimiento de Quito, las Gobernaciones de Popayán, de Quixos, de Jaén de Bracamoros y de Cuenca, y los Corregimientos de las Ciudades de Loja y Zamora y minas de Zuruma y de Guayaquil. El ámbito territorial de la Audiencia

abarcaba hasta el puerto de Buenaventura en la costa colombiana en el mar del Sur, y sus límites eran los de las Audiencias de Tierra Firme y del Nuevo Reyno de Granada.

f) *La Real Audiencia de Chile*. Con sede en Santiago de Chile, había sido establecida en 1563, y la presidía el gobernador y capitán general de Chile. El ámbito territorial de la Audiencia llegaba hasta el Estrecho de Magallanes y, tierra adentro, hasta la Provincia de Cuyo, inclusive.

g) *La Real Audiencia de la Trinidad y Puerto de Buenos-Ayres*. Con sede en Buenos Aires, había sido establecida en 1661, y la presidía el gobernador y capitán general de las Provincias del Río de la Plata, de la cual dependían las gobernaciones de Tucumán y de las Provincias del Paraguay.

El territorio de la República de Panamá derivó de lo que era parte del de la Audiencia de Panamá, y el de la República de Colombia se formó con parte del territorio que era de las Audiencias de Panamá, de Santa Fe y de Quito. La República de Quito conformó su territorio con parte del que era de la Audiencia de Quito. El territorio del Perú, se configuró básicamente con el territorio que era de la Audiencia de Lima; y el de la República de Bolivia con parte de lo que era territorio de la Audiencia de Charcas. La República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay se formaron territorialmente con parte de lo que había sido el territorio de la Audiencia de Buenos Aires. En cuanto a la República Argentina, su territorio se formó con parte del territorio de la misma Audiencia de Buenos Aires y parte del de la Audiencia de Chile; y el de la República de Chile, con parte del que fue el territorio de la Audiencia de Chile.

La organización territorial que dio origen a los países latinoamericanos, como se dijo, fue consecuencia directa del proceso de poblamiento del territorio descubierto y conquistado, conforme con precisas instrucciones reales, la más importante de las cuales, desde el punto de vista urbanístico, se dictó por Felipe II en 1573, cuando ya casi todo el territorio americano estaba territorialmente conformado.

En efecto, para esa fecha la casi totalidad de las ciudades importantes del Nuevo Mundo ya habían sido fundadas, por lo que puede decirse que el modelo regular de la ciudad americana ya estaba implantado. Las *Ordenanzas de Descubrimiento y Población* de Felipe II, de 1573 que regularon dicho modelo, por tanto, en realidad fueron reflejo de una realidad que ya se había desarrollado con base en normas contenidas en Instrucciones particularizadas o generales que, desde 1513, el rey ya había otorgado o dictado sucesivamente a los descubridores y conquistadores en aproximaciones sucesivas y con base en la experiencia del poblamiento desarrollada por estos, condicionada por las exigencias de la conquista.

### **TERCERA PARTE: SOBRE QUÉ FUE LO QUE SE FUNDÓ, O SOBRE LA FORMA O MODELO URBANO QUE SE UTILIZÓ PARA LAS FUNDACIONES**

La respuesta a la tercera pregunta formulada en torno al proceso de poblamiento en América durante el siglo XVI, sobre qué fue lo que se fundó, está en la identificación del modelo

urbano que se utilizó de planta urbana reticular, con plaza mayor como punto de inicio de la trama urbana de la cual salían calles rectas, formando un damero.

Ese modelo que se había utilizado en empresas coloniales en la antigüedad, fue descubierto culturalmente con el Renacimiento, y era propio de un proceso en el cual debían crearse ciudades *ex novo* de ciudades, y estaba conformado por los siguientes elementos básicos: en *primer lugar*, la indispensable existencia de una plaza, de cuya ubicación y trazado reticular derivaba la existencia misma de la nueva ciudad, condicionando su traza o forma urbana, dada su forma cuadrada o rectangular, constituyendo siempre el centro de la vida urbana; en *segundo lugar*, el trazado de las calles a cordel y regla, derivado de la propia forma reticular de la plaza, desde la cual aquellas salían en forma paralela; y en *tercer lugar*, la existencia siempre de la iglesia, cuya ubicación cerca de la plaza era la primera tarea del fundador y su construcción el primer deber de los pobladores, dado el carácter religioso que condicionó la conquista y poblamiento de América.

Esos elementos conformaron un modelo que fue de utilización común en las grandes empresas de la antigüedad de ocupación y dominio territorial, y en particular, caracterizaron tanto la ocupación territorial helénica en las colonias del Mediterráneo, como la ocupación territorial romana en la Península Itálica y en el resto de Europa. Esta experiencia, expuesta en libros antiguos, fue descubierta con el Renacimiento, habiendo penetrado rápidamente en la Corte de los Reyes Católicos, donde las teorías pronto se convertirían en normas jurídicas que obligaron a su utilización en el Nuevo Mundo.

Los mencionados elementos urbanos, por otra parte, habían sido objeto de aplicación en plena Edad Media durante los siglos XIII y XIV para asegurar la ocupación de territorios conquistados o por razones estrictamente militares, como ocurrió con las pueblas nuevas en los Reinos de Castilla y León y Aragón, con las *bastides* en el suroeste de Francia o con las ciudades florentinas, y en general para la creación de villas nuevas, particularmente en el siglo XV, también en general por razones militares.

## **I. ANTECEDENTES GRIEGOS DE LA CREACIÓN EX NOVO DE CIUDADES CON FORMA REGULAR**

### **1. Hippodamus de Mileto y la planta ortogonal urbana del mundo griego**

El antecedente remoto en el ámbito de la civilización occidental de la creación sistemática de ciudades nuevas con forma ortogonal, sin duda debe situarse en el mundo griego con motivo de la colonización de las costas en el mar Mediterráneo. Ya señalamos cómo Aristóteles atribuyó a Hippodamus de Mileto haber concebido el arte de construir ciudades con una disposición ortogonal, la cual caracterizó todas las ciudades griegas de nueva fundación.

La planta reticular de las ciudades, tan simple y elemental, por tanto, puede decirse que surgió naturalmente donde y cuando fue posible establecer y planificar una ciudad *ex novo*, y eso ocurrió en forma generalizada por todas las costas del Mediterráneo con motivo de la asombrosa actividad colonizadora y fundadora griega de los siglos IX a

VI a. de C. La necesidad de situar un gran número de colonias libres en los territorios colonizados permitió a los griegos elegir el emplazamiento más adecuado para la nueva ciudad, previamente concebida y trazada en forma regular. En ese proceso jugó un papel central la ciudad de Mileto que destruida por los persas en 494 a. de C., se había reconstruido con una planta atribuida a Hippodamus, denominada *hippodamica*, de carácter ortogonal.

Por ello, a Hippodamus se lo ha considerado como el creador del urbanismo funcional, lo que además consagró Aristóteles al exigir que la forma de la ciudad se adaptara a normas estéticas, matemáticas y filosóficas, con una ordenación razonada de sus elementos, de manera que, por ejemplo, las calles debían tener una orientación de acuerdo con el curso del sol y la dirección predominante de los vientos; debiéndose asegurar la monumentalidad y proporción de sus edificaciones con el todo y sus partes.

La planta hipodámica de la ciudad, en todo caso, se propagó a partir del siglo IV a. de C., convirtiéndose en la forma general adoptada por las ciudades helenísticas de nueva fundación, tanto en Grecia, por ejemplo, en las ciudades de Priene y de Olinto, como en las colonias de ultramar, particularmente en Sicilia y la Península Itálica, donde Agrigento (*Akrágas*) y Nápoles (*Néapolis*), todavía conservan vestigios de la planta ortogonal.

## 2. La ciudad y el Estado en la *Política* de Aristóteles y su reflejo en la obra de Francesco Eiximenis

Pero la ciudad no solo fue un tema urbano para la expansión colonial de las ciudades griegas, sino también un tema filosófico y político, al punto de que entre los libros de mayor influencia del mundo antiguo en el Renacimiento, como fue la obra de Aristóteles de Estagira (384-322 a. de C.), denominada *Política*, se destaca el análisis detenido que en él se hace sobre la ciudad e, incluso, sobre su forma y emplazamiento.

El libro, incluso, comienza con el párrafo siguiente sobre *la ciudad*: «La ciudad es agrupación; las agrupaciones se organizan con miras al bien; porque el hombre obra siempre con el fin de lograr lo que cree bueno. Si toda agrupación tiende al bien, la ciudad o sociedad política, que es la superior entre ellas y las comprende todas, tiende al bien en mayor grado que las demás, y al mejor bien» (libro primero, capítulo primero).

En la concepción de Aristóteles, la ciudad o la polis, es la República o Estado, como la organización política fundamental del hombre, que lo agrupaba con un fin común, asentado en un lugar determinado y sometido a unas leyes y unas autoridades, y con un vínculo educativo y cultural común.

El sitio de la ciudad y su forma, era siempre esencial y fue de la primera atención de Aristóteles, al punto de que al referirse a la forma reticular de la ciudad, indicó que «Hippodamo de Mileto, hijo de Eurifón, concibió el arte de proyectar y construir ciudades, siendo también el que ideó la disposición que presenta Pireo» (libro segundo, capítulo v).

El Pireo, que es el puerto de Atenas, en efecto, reconstruido en 480 a. de C., presenta una forma reticular en su traza urbana al igual que la tuvo Mileto. No es de extrañar, por tanto, que Aristóteles destacara en su *Política*, a Hippodamo a quien consideró como «el primero entre los particulares que se dedicó a investigar sobre la mejor forma de gobierno» (libro segundo, capítulo v).

En el Libro Séptimo de *Política*, dedicado a analizar la «Felicidad del individuo y del Estado. Constitución del Estado. Sistemas de educación. El Estado perfecto», Aristóteles dedicó varios Capítulos al estudio de la ciudad, su límite, su emplazamiento, su forma y sus edificaciones.

Sobre el emplazamiento de la ciudad, Aristóteles dedicó en el Capítulo X del Libro Séptimo las siguientes consideraciones sobre la salud del lugar escogido, donde se nota, sin duda, la influencia de Hipócrates, particularmente en relación con la importancia del aire y del agua:

Ya dije que la ciudad debe tener fácil comunicación por mar y tierra [...] Referente al emplazamiento, mi deseo sería que su situación fuere ventajosa en cuatro aspectos: ante todo la salud, cosa necesaria [...] El asiento de la ciudad debe también ser ventajoso para su administración política y para la guerra [...] Debe abundar en fuentes y manantiales, y, de no ser así, construir grandes depósitos para la recogida de las aguas pluviales, para que no falte agua en caso de asedio. Hay que tener cuidado especial en lo tocante a la salud de sus habitantes, que dependerá principalmente de lo salubre de la localidad y de su orientación, y en segundo lugar, de la pureza de sus aguas; este segundo punto tiene suma importancia, porque los elementos que más empleamos para satisfacer las necesidades del cuerpo son los que más contribuyen a la salud, y entre ellos figuran el agua y el aire [...].

En el mismo Capítulo X del Libro Séptimo de la *Política*, Aristóteles hizo referencia a la forma de las edificaciones y al trazado de las calles, en línea recta, así:

En cuanto a las moradas, se considera más bello y conveniente que las calles sean rectas, como indicó Hippodamo; para seguridad en la guerra es preferible el modo antiguo de edificar, que dificultaba la salida de los extranjeros y la entrada de los asaltantes. Por eso la ciudad adoptará ambos sistemas de construcción, siendo posible disponer los edificios irregularmente, al modo como los labradores plantan las vides, llamado tresbolillo. No toda la ciudad tendrá sus calles rectas, sino solo ciertos barrios y distritos, combinando la belleza con la seguridad.

Por último, sobre los componentes importantes de la ciudad, en cuanto a la plaza y a las edificaciones públicas, en el Capítulo XI del Libro Séptimo, Aristóteles señaló que debían contar con edificios destinados al culto divino:

Esos templos ocuparán una eminencia, para que se vean desde lejos y den realce a la virtud, con torres que dominen las cercanías. A sus pies habrá una plaza, como



la llamada Agora de los hombres libres por los Tesalios, en la que estará prohibida toda compraventa, así como la entrada a los artesanos labradores y otros, de no ser llamados por los magistrados. El mejor destino que puede darse a dicha plaza es que los adultos practiquen en ella sus ejercicios gimnásticos [...] También habrá un Agora para los traficantes, distante de la otra, en lugar de fácil acceso por mar y tierra [...] El Agora cercana al templo se reservará para el asueto, la otra para las necesidades del comercio.

Ahora bien, *Política* de Aristóteles fue traducida al latín en 1260, cuando Santo Tomás de Aquino tenía 36 años (1261), influyendo en su obra *De Regimine Principum*, en la cual se explicaba que fundar ciudades era bueno, por lo que dicha actividad la proponía dentro del programa para el rey ideal. Esta obra, con sus preceptos aristotélicos, influyó directa y profundamente en los tratadistas españoles medievales, como fray Francisco Eiximenis, y a través de ellos, en las Ordenanzas colonizadoras hispánicas para las Indias.

En efecto, entre 1384 y 1385, apareció en Valencia la obra *Dotzé del Crestiá* del teólogo franciscano Francesch Eiximenis, quien organizó la enseñanza pública en la ciudad. Dicha obra está condicionada por la idea del orden y de la sociedad ordenada, en sus aspectos morales y legislativos, lo que se reflejó en la formulación de una idea perfecta de la ciudad, cuya representación formal resulta, en consecuencia, también ordenada, expresada en forma cuadrangular, porque así la ciudad «recta es más bella y más ordenada» (Cap. 110). Decía, además, que como lo habían dicho los filósofos griegos y algunos sabios, «toda ciudad debía ser cuadrada» (Cap. 110).

En la obra, siguiendo los pasos de Aristóteles, Eiximenis se ocupó de todo lo concerniente a la ciudad: en cuanto a la elección del sitio, hizo particular referencia a la orientación de la planta en relación con los vientos y con las montañas que pudieran proteger la ciudad (Cap. 106); y a la necesidad de que la ciudad esté «cerca del agua» (Cap. 106) de mar o de río, recomendando que se situare al costado del agua, de manera que esta no la dividiera (Cap. 106). En cuanto al trazado de la ciudad, Eiximenis especificó que el palacio del príncipe debía estar en uno de los costados del cuadrado de la ciudad, y en cuanto a la iglesia debía estar «en medio de la ciudad [...] y junto a ella debe haber una plaza grande y bella» (Cap. 110). En medio de cada uno de los costados del cuadrado que formaba la ciudad debía haber una entrada o puerta, de manera que se comunicaran entre sí por sendos «camino grandes y amplios que atravesen toda la ciudad de parte a parte», de la entrada de Oriente a la de Poniente y desde la entrada principal que mira hacia mediodía hasta la otra principal que mira a Tramontana» (Cap. 110).

En esta forma, en el cuadrado inicial de la ciudad se insertan dos ejes que se cruzan en el centro donde se abre un espacio grande para la plaza. Los ejes a la vez dividen la ciudad en cuatro partes o barrios principales, en los cuales se ubica una plaza como elemento centralizador.

Las ideas de Eiximenis, sin duda, influyeron en la fundación de los nuevos pueblos con motivo de la Reconquista y de la utilización del Camino de Santiago en el Reino de Aragón.

## II. LOS ANTECEDENTES ROMANOS DE LA CIUDAD RETICULAR Y EL «CASTRO» COLONIAL

Los antecedentes del trazado regular de ciudades no solo se pueden ubicar en las empresas colonizadoras que desarrollaron los griegos, sino también los romanos en todo lo que implicó la creación de ciudades nuevas, como acto formal, como consecuencia del proceso de conquista y colonización de nuevas tierras por un Imperio. Así sucedió con todas las ciudades romanas establecidas como colonias fuera de Roma, lo que obedeció a una racional preparación y a una ejecución cuidadosamente desarrollada.

La práctica romana de fundar ciudades siguió siempre las siguientes líneas: El primer paso que siempre se daba además de la consulta al *augur*, consistía en la escogencia del sitio, que no era cualquiera, pues debía estar cerca de un río con adecuado escurrimiento de aguas, y en sitio lo suficientemente alto como para que no fuera inundable. Además, como lo recomendaban los sabios, el lugar debía ser saludable, lo que se determinaba mediante el examen del hígado de alguna liebre o faisán cazados en el área.

Escogido el lugar, se establecía un *castrum* o campamento militar donde se ubicaban los soldados y esclavos, con foso y cerca alrededor, el cual generalmente tenía forma rectangular. El campamento siempre se encontraba atravesado por dos calles, una de norte a sur denominada *cardo* y otra de este a oeste denominada *decumanus*, que se cruzaban en ángulo recto en un espacio libre denominado *forum*, en el cual se reunían los soldados diariamente para recibir órdenes, y que servía de centro político y religioso de la ciudad. En un lado del *forum* se establecía la tienda del comandante de la fuerza, y las otras tiendas de soldados, esclavos y obreros se establecían en fila en el resto del *castrum*. En los meses siguientes, las tiendas se iban reemplazando por construcciones más permanentes, generalmente de madera.

El área de la ciudad se dividía en calles en una forma reticular, de norte a sur, teniendo cada manzana o bloque, llamado *insulae*, una forma cuadrada; y se rodeaba de una muralla alta, con puertas fortificadas para dar salida a los extremos del *cardo* y del *decumanus*. Los edificios particulares en ningún caso podían tener una altura mayor al doble del ancho de la calle en el cual se construía, a los efectos de asegurar la penetración de los rayos de sol hasta la calle.

Puede decirse que de acuerdo con este sistema racional se construyeron todas las ciudades coloniales romanas, tanto en la península itálica como en el resto del mundo europeo, muchas de las cuales aún conservan en el trazado de su centro evidentes testimonios del antiguo casco romano. En la Península Ibérica, los ejemplos más notables son *Emerita Augusta* (Mérida); *Norba Caesarina* (Cáceres); *Caesaraugusta* (Zaragoza); *Barcino* (Barcelona); *Lucus Augusti* (Lugo); y *Regio* (León).

### III. LA INFLUENCIA DE LA OBRA DE VITRUVIUS SOBRE LA ARQUITECTURA ROMANA

Esa práctica romana de fundar ciudades se plasmó en el siglo I d. C, en la obra del ingeniero militar Marcus V. Pollio Vitruvius, *De Architectura Libri Decem*, conocida como los *Diez libros de la Arquitectura*, en la cual se encontraba todo lo que debía saberse sobre arquitectura, construcción y trazado de ciudades en el mundo romano. Es la única obra de arquitectura de la antigüedad que ha llegado a nuestros días, cuyo manuscrito fue descubierto en la Abadía de Saint-Gall, en 1416, y luego publicado a partir de 1486. Su libro *Primero* está destinado a la «ciudad ordenada», donde se recogen los principios fundamentales para la fundación de ciudades como regían en Roma.

#### 1. Sobre la elección de los sitios

Vitruvius insistió en el capítulo VII del Libro *Primero* dedicado a «De la inspección de los hígados de los animales para reconocer la calidad del aire», sobre la necesidad de volver a los métodos de la antigüedad particularmente descritos por los griegos, respecto de la elección de los sitios para ubicar las ciudades, partiendo del principio «de que cuando se va a construir una ciudad, lo primero que es necesario hacer, es escoger un sitio sano», particularmente «templado»).

Para ello, Vitruvio aprobaba los usos de los antiguos: que consistían en hacer un sacrificio en los lugares donde querían construir o acampar: escogían como víctimas, animales que moraban de ordinario en esos lugares, y examinaban sus hígados, si después de haber examinado varios de ellos, encontraban que algunos estaban lívidos y corrompidos, si juzgaban que ello era el efecto de alguna enfermedad particular, pues los otros se conservaban sanos y enteros como consecuencia de buenas aguas y pastos, entonces establecían sus ciudades; si al contrario, encontraban que los hígados de los animales eran generalmente anormales, concluían que el de los hombres estarían iguales, y que las aguas y pastos no podían ser buenos en ese país; y abandonaban incontinente, pues no apreciaban tanto otra cosa, que lo que podía contribuir al mantenimiento de la salud.

En esta forma, la primera consideración que debía prevalecer en el proceso de fundación de una ciudad era la concerniente a la salubridad del lugar escogido para establecerla, a los efectos de asegurar no solo su habitabilidad sino el mantenimiento de la salud de los pobladores. El lugar, en definitiva, debía ser sano, con buenas aguas y pastos, tal como se indicó en la Instrucción dada a Hernán Cortés en 1523 y con más precisión en las Ordenanzas de Felipe II de 1573 (Art. 38, 39, 40).

#### 2. Sobre la situación de los lugares

En las regiones sanas que se eligieran conforme a las pruebas antes señaladas, los sitios precisos que debían escogerse para el emplazamiento de la ciudad, como lo recomendaba Vitruvio en el mismo Capítulo VII del Libro *Primero* de su obra, no debían estar sometidos a condiciones climáticas extremas, para lo cual se recomendaba lo siguiente:

[...] debe ser alto, ni nublado ni helado, y en un clima ni caliente ni frío, sino temperado; y además, sin pantanos en los alrededores.

Y cuando la brisa de la mañana sople hacia el pueblo al amanecer, si traen consigo nieblas de los pantanos y mezclados con estas, el aliento envenenado de las criaturas de los pantanos a ser respirado por los habitantes, entonces el sitio será insalubre.

De nuevo, si el pueblo está en la costa con exposición hacia el sur o el oeste, no será saludable porque en el verano el cielo del sur es muy caliente en el amanecer y es bravo al mediodía, en tanto que la exposición hacia el oeste se hace calurosa después del amanecer, es caliente al mediodía, y en la noche es helada.

Esas variaciones en calor y las heladas subsecuentes son dañinas para las personas que viven en esos sitios.

En las Ordenanzas de Felipe II de 1573 se precisaron con toda claridad estas exigencias (Art. 40).

### 3. Sobre el abastecimiento de la ciudad

Vitruvius indicaba, además, en el Capítulo VIII («De las fundaciones de los muros y de las instalaciones de las torres») del Libro *Primero*, que para la escogencia del sitio de la ciudad debía tenerse en cuenta que el lugar fuese de fácil acceso para asegurar el abastecimiento, fuera por tierra o por agua:

Una vez que se haya asegurado la salubridad del lugar donde debe fundarse la ciudad, debe procederse a trabajar en las fundaciones de las torres y de los muros, de acuerdo con el conocimiento que se tenga de la pureza de su aire, de la abundancia de los frutos que crecen en los países de los alrededores y de la facilidad de los caminos, los ríos y los puertos de mar que existan para traer todas las cosas necesarias.

En las Ordenanzas de Felipe II de 1573, esta exigencia también se estableció con toda precisión (Art. 35). Por ello, la mayoría de las ciudades latinoamericanas se fundaron en las orillas de ríos.

### 4. Sobre la dirección de las calles

En el Capítulo IX («Del reparto de las obras en el interior de los muros y de la disposición para que las ráfagas dañinas de los vientos sean evitadas») del Libro *Primero*, Vitruvius estableció la necesidad de que las calles fueran alineadas y para su disposición se tuviera en cuenta el sentido y orientación que tenían los vientos en el lugar, de manera que las ráfagas no corrieran libremente por las calles en perjuicio de los habitantes. Decía, entonces:

Concluida la construcción de los muros de la ciudad, debe trazarse el emplazamiento de las casas y establecerse el alineamiento de las grandes y pequeñas calles, según el aspecto más ventajoso del cielo.

Debe evitarse, ante todo, que los vientos habituales se enfilen directamente en las calles, porque son siempre dañinos, sea por el frío que hierde, por el calor que corrompe, o por la humedad que afecta la salud.

En consecuencia, deben tenerse cuidadosamente en cuenta estos inconvenientes, con el fin de no caer, como ha sucedido en muchas ciudades [...] en las cuales los edificios son bellos y magníficos, pero dispuestos en forma poco prudente; ya que en estas ciudades, el viento del mediodía (sur) genera fiebres, el que sopla entre el poniente y el septentrión (norte) hace toser; y el del septentrión, que cura estos males, es tan frío, que es imposible quedarse en las calles cuando sopla.

Señalaba, más adelante, en el mismo capítulo IX del Libro *Primero*:

Es necesario en consecuencia, trazar los alineamientos de las calles entre dos cuartos para no ser incomodado por la violencia de los vientos; ya que si estos recorren las calles directamente, no habrá duda de su impetuosidad, que siendo tan grande al aire libre y abierto, aumentaría mucho estando encerrados en calles estrechas. Por ello, las calles deben disponerse de tal forma que los vientos, dando contra los ángulos que ellas formen, se rompan y dispersen.

En las Ordenanzas de Felipe II de 1573, todas estas indicaciones sobre el trazado de las calles a cordel y regla, y sobre la orientación de la trama urbana en relación con los vientos, también fueron recogidas (Arts. 110 y 114).

## 5. Sobre la plaza

En el capítulo VIII del Libro *Primero*, Vitruvio formuló un conjunto de principios en relación con el *forum* o plaza. En relación con la proporción de la plaza, en el Capítulo I («De la plaza pública y de las basílicas») del Libro Quinto señaló:

La grandeza de estas plazas públicas debe ser proporcional a la población, de manera que no sean muy pequeñas si muchas personas allí van, ni que sean demasiado vastas, si la ciudad no está suficientemente poblada. Para establecer el largo de la plaza, debe dividirse el largo en tres partes, y tomar dos (para el ancho); de esta manera, la forma será larga, y esta disposición será mucho más cómoda para los espectáculos.

El mismo principio de la dimensión de la plaza en proporción con la cantidad de vecinos que hubiere (Art. 113) y la forma de la plaza con un largo una vez y media de su ancho (Art. 112), también se recogió en las Ordenanzas de Felipe II de 1573.

Sobre la *forma* de la plaza en el capítulo VIII del Libro *Primero*, Vitruvio señalaba: «La figura de una plaza no debe ser ni cuadrada ni compuesta de ángulos demasiado avanzados, sino que simplemente debe hacer un cerco, con el fin de que se pueda ver el enemigo desde varios puntos; los ángulos avanzados no son en absoluto propios para la defensa, y son más favorables a los que sitian que a los sitiados».

Agregaba, además en el Capítulo I del Libro Quinto: «La plaza pública en los griegos, es cuadrada, y rodeada de dobles y amplios pórticos con columnas pegadas unas a otras, que sustentan arcadas de piedra o mármol con galerías en lo alto; pero ello no se practica en esa forma en las ciudades de Italia, debido a la vieja costumbre de hacer ver al pueblo en la plaza los combates de los gladiadores».

El principio se siguió en las plazas americanas en cuanto a su utilización para espectáculos, como las corridas de toros.

En el Capítulo x («De la escogencia de los emplazamientos para el uso común de la población») del Libro Primero, Vitruvius indicaba sobre la ubicación de la plaza que «si la ciudad está al borde del mar, es necesario que la plaza pública esté cerca del puerto, por tanto que si la ciudad está alejada del mar, la plaza deberá estar en el centro».

Estos principios de ubicación de la plaza en puertos en la costa, abierta hacia el mar, y de su ubicación en el centro del poblado en pueblos situados en el interior (Art. 112), también fueron de regulación precisa en las Ordenanzas de Felipe II de 1573.

Sobre los templos, Vitruvio señalaba en el mismo Capítulo x del Libro Primero que aquellos correspondientes a los dioses titulares bajo cuya protección especial se erigía la ciudad, a Júpiter, Juno y Minerva, debían estar en el punto más elevado de manera que de allí pueda verse la mayor parte de las murallas de la ciudad.

La tesorería, la prisión y la Casa del Senado debían estar adjuntas al *forum*, pero de forma tal que sus dimensiones fueran proporcionadas a las del *forum*.

En las Ordenanzas de Felipe II de 1573, se dispuso igualmente la necesaria edificación de la iglesia, la casa real, la casa del concejo y cabildo y la aduana, cerca de la plaza mayor (Art. 121 y 124).

#### **IV. LA OBRA DE LEÓN BATTISTA ALBERTI Y SU INFLUENCIA EN LA ARQUITECTURA DEL RENACIMIENTO**

En 1486, año en el cual se publicó en Roma el Tratado de Vitruvio, *De Architectura Libri Decem*, también se publicó el libro de León Battista Alberti (1404-1472), *De re aedificatoria*. Se trató del primer libro sobre arquitectura que se escribía desde la antigüedad, en el cual partiendo de las enseñanzas del mundo helenístico y romano, se señala cómo debía construirse en el futuro. Su influencia fue inmediata, estando dividido, al igual que el Tratado de Vitruvio, en diez libros dedicados cada uno a diversos aspectos de la arquitectura, la construcción y el urbanismo.

A la ciudad, Alberti como Vitruvio, dedicó muchas de sus reflexiones en su tratado, señalando, en general: «El principal ornamento para una ciudad está en su emplazamiento, su situación, composición y arreglo de sus calles, plazas y trabajos individuales: cada uno debe ser cuidadosamente planificado y distribuido de acuerdo con el uso, importancia y conveniencia. Porque sin orden nada cómodo, gracioso o noble puede haber» (Libro Séptimo, 1).

El orden, por supuesto, está en la base de los escritos de Alberti y de todo el Renacimiento, que aplicado a la ciudad dio origen, como en Vitruvio, a múltiples reglas, señalando seis principios de base para edificar: *regio*, *areae*, *partitio* (plan), *paries* (muros), *tectum* (techos) y *apertiones* (ventanas).

## 1. El sitio o regio

Sobre la localización de la ciudad, Alberti también destacó el énfasis que los antiguos le daban para

asegurar que no tuviera (de ser posible) nada dañino y que estuviera acompañada con todas las facilidades. Sobre todo, tomaron gran cuidado para evitar un clima que pudiera ser desagradable y nocivo; era una precaución muy prudente, incluso, indispensable. Porque si bien no hay duda que cualquier defecto de la tierra o del agua puede ser remediado por la destreza e ingeniosidad, ninguna máquina de la mente o de las manos podría mejorar apreciablemente el clima [...] (Libro Primero, 3).

En el Libro Primero, Alberti hizo extensos comentarios sobre el aire, el agua y los lugares, como lo hizo Vitruvio, lo que sin duda estuvo inspirado por Aristóteles y sobre todo por Hipócrates (430 a. de C.), quien dedicó a ello un estudio de gran importancia titulado *Del aire, del agua y de los lugares*, con observaciones sobre las aguas y los vientos, la naturaleza del suelo y la exposición y soleamiento de los lugares.

En esta forma, Alberti recomendaba para ubicar la ciudad, poner especial atención a su relación con el sol y el viento; con los aires pestilentes y las nieblas excesivas; con los sitios en costa de mar, de manera que la ciudad no estuviera en costas mirando al sur, dado el reflejo de los rayos del sol (Libro Primero, 3); a la ubicación de la ciudad ni en sitios muy altos ni muy bajos, más bien planos, con facilidades de acceso, con clima moderado y relativamente húmedo (Libro Primero, 4); a las bondades de buen aire y agua (Libro Primero, 5) de manera de evitar tanto regiones azotadas por tormentas y cambios de temperatura, como la ubicación de la ciudad en el pie de monte de montañas situadas al oeste, por considerarlo insalubre dada la exposición a súbitas exhalaciones nocturnas y oscuridad extrema (Libro Primero, 5).

Por supuesto, para la elección de los sitios, Alberti recordaba también la antigua costumbre, «que se podía llevar atrás hasta Demetrius, de inspeccionar el color y las condiciones del hígado del ganado que pastara en el sitio cuando se fuera a fundar un pueblo o una ciudad» (Libro Primero, 6).

Todos estos principios expuestos en general, los precisó en relación con la ciudad en sí misma, en el Libro Cuarto, 2, indicando lo siguiente:

Estos son los requerimientos que tenemos que señalar para nuestra ciudad: no debe sufrir de ninguna de las desventajas señaladas en el Primer Libro, ni debe faltar nada por razones de economía; su territorio debe ser saludable, extenso y variado en su terreno; debe ser agradable, fértil, naturalmente fortificado, bien abastecido y lleno de frutas y abundantes cursos de agua. Debe haber ríos, lagos y acceso conveniente desde el mar para permitir la importación de bienes en caso de carestía o la exportación de cualquier exceso [...].

Adicionalmente, la ciudad debe estar ubicada en la mitad del territorio, desde donde se extienda la vista hasta sus fronteras, de manera que pueda leerse la situación

y estar listos para intervenir de inmediato de ser necesario [...] Es particularmente importante determinar si se debe localizar la ciudad en sitio abierto, en la costa, o en la montaña: cada caso tiene sus ventajas y desventajas [...]

Este, sin embargo, es un consejo: hágase todo el esfuerzo de asegurar que, sea donde fuere localizada la ciudad, goce de los beneficios de cada tipo de terreno, y ninguna de sus desventajas. Preferiría localizar la ciudad en lugar plano cuando se construya en las montañas, o en un monte alto cuando se haga en la llanura. Pero si no hay suficiente variedad para permitir una escogencia ideal, así es que deben satisfacerse los requerimientos esenciales: una ciudad en llanura no debe estar cerca de la costa de mar, ni la que este en las montañas, muy lejos de ella (Libro Cuarto, 2).

## 2. Las calles y las plazas

Sobre las calles de la ciudad, Alberti recomendaba que cuando llegaban a la misma debían ser rectas y anchas, aun cuando no debían dar directamente a las puertas. Dentro de la propia ciudad, consideraba mejor «que las calles no sean rectas, sino gentilmente ondulantes como un río que baña ahora aquí, ahora allí, de una orilla a la otra» (Libro Cuarto, 5).

En otro libro de su obra, Alberti (Libro Octavo) hizo amplias referencias a las calles de las ciudades, de carácter monumental, las cuales debían estar elegantemente alineadas con pórticos, de iguales líneas, siendo las más importantes, las que daban a los puentes, esquinas, foros y edificios feriales.

Consideraba al *forum* como un cruce de calles agrandado, de manera que «el cruce de calles y el *forum* solo difieren en tamaño. De hecho el cruce de calles es un *forum* pequeño» (Libro Octavo, 6).

En cuanto a las plazas en particular, Alberti señaló:

La plaza puede servir de sitio de mercado para monedas y vegetales, para ganado o madera; cada tipo de plaza debe estar situado en su propio lugar dentro de la ciudad, y debe tener su propio ornamento.

Los griegos hicieron sus plazas cuadradas; y las rodearon con dobles pórticos generosos, adornados con columnas y piedras; construyendo una galería en el piso superior. Aquí, en Italia, nuestras plazas tienen un ancho de  $\frac{2}{3}$  del largo; y en vista de que tradicionalmente han sido el sitio de espectáculos de gladiadores, las columnas de sus pórticos están más separadas [...]

En la actualidad preferimos construir el área del *forum* como un doble cuadrado [...].(Libro Octavo, 6).

El tratado de *De re aedificatoria* puede considerarse como el primer tratado de arquitectura del mundo moderno, siendo el producto más acabado en la materia del Renacimiento, con influencias, sin duda, de la obra de Vitruvio, cuya estructura en diez libros imitó. Sin embargo, como se dijo, con visión de futuro más que del pasado, la obra de Alberti ejerció una influencia determinante en todos los artistas que le siguieron, siendo la gran figura de la arquitectura renacentista. Su obra, sin duda, igual que la de Vitruvius, tuvo una influencia decisiva en la concepción de la ciudad hispanoamericana.



En efecto, basta leer y releer las instrucciones de poblamiento que desde 1513 hasta 1573 se fueron dando a los adelantados, y que se recogieron en las *Ordenanzas de Descubrimiento y Población* de Felipe II de ese año, para darse cuenta de la notable influencia que los escritos de Alberti y Vitruvio, y a través de ellos, de Hipócrates y Aristóteles, tuvieron en la redacción de esos textos.

Por lo que se refiere a la arquitectura y a la influencia de Vitruvio y Alberti, en todo caso, para cuando se publica la *Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias* por Carlos II en 1680, la Academia de Arquitectura de París, el 14 de febrero de 1672 había señalado, al haberse sometido a deliberación cuál era la autoridad de Vitruvio y qué sentimientos debía tenerse sobre su doctrina, todos los académicos fueron de la opinión de que se le debía considerar como el primer y más destacado de todos los arquitectos, y que debía tener la principal autoridad entre todos ellos, por lo que su doctrina, admirable en general, debía ser seguida sin separaciones. La misma Academia de París, un mes más tarde, el 17 de marzo de 1672 señaló que después de Vitruvio, Alberti era el que más doctamente había escrito sobre arquitectura.

Esas obras, sin duda, penetraron en las Cortes españolas y permitieron que la gran empresa del poblamiento de Hispanoamérica, se hubiese hecho de manera ordenada, con instrucciones precisas conforme a la simetría y racionalidad que enseñaban.

## **V. EL IMPACTO DEL CONOCIMIENTO DE LA ARQUITECTURA RENACENTISTA EN LA CORONA ESPAÑOLA**

No hay que olvidar, en efecto, que el descubrimiento de América ocurrió en medio del Renacimiento, proceso que convencionalmente puede decirse que se inició a mitades del siglo xv, y que se consolidó siete décadas después, a partir de 1520. Si bien tuvo su centro de expansión en Italia por la preponderancia que adquirió el humanismo en la cultura italiana, se expandió por toda Europa, gracias a la posibilidad de acceder a los textos antiguos por la creación de bibliotecas en las principales ciudades, y a la invención de la imprenta. De ello resultó un sin número de ediciones de textos de los autores antiguos clásicos, con lo que los principales humanistas tuvieron a su disposición la posibilidad de ofrecer a los demás los conocimientos derivados de los textos de escritores antiguos, corregidos y enmendados por ellos.

En el mismo periodo coincidente con el descubrimiento y el inicio de la conquista de América, en España también se produjo un nuevo interés por las humanidades, precisamente como consecuencia del influjo humanista de Italia, a cuyas universidades habían asistido los grandes humanistas españoles, como Elio Antonio de Nebrija (1444-1522) y Hernán Núñez (1471-1522). Además, muchos italianos cultos fueron a enseñar a España en el último cuarto del siglo xv. El humanismo penetró entonces en la Corte, y durante el reinado de Isabel y Fernando el cargo de secretario de letras latinas fue ocupado por un erudito educado en Italia, Alonso Hernández de Palencia (1423-1492) y luego por Pedro Martyr de Anghleria (1459-1526), quien fue profesor de humanidades en la escuela aneja a la Corte creada con el objeto de mejorar la cultura de los miembros de la Casa Real. Además, fue uno de los primeros escritores sobre América.

Estos eruditos, además, enseñaron en las universidades más importantes, entre ellas Salamanca, donde dominaba la teología tomista. En 1508, además, el cardenal Cisneros, quien efectivamente gobernó el Reino después de la muerte de la reina Isabel en 1504, había fundado la Universidad de Alcalá de Henares, la cual se convertiría en el centro del humanismo cristiano hispánico. El entusiasmo por el humanismo en España se reflejó, también, por los libros impresos hasta 1520, en los que se ubican textos de los clásicos latinos y de humanistas italianos.

Entre las áreas del conocimiento renacentista de mayor importancia estaba, por supuesto, la arquitectura, la que se concibió como el «renacer» de la arquitectura antigua. Los mismos arquitectos de la época proclamaban que habían vuelto a la antigua forma de construir después de un largo periodo de decadencia, sometiéndose a las reglas de simetría y proporción y al sistema de los órdenes, aun cuando interpretando con libertad los preceptos clásicos. Ello implicó, en todo caso, la vuelta al uso de la regla, a las líneas precisas, a las fachadas rectilíneas e incluso, al abuso de los ángulos rectos en las esquinas, dando origen al plano regular que se convirtió en obligatorio para edificios y ciudades.

Todos esos elementos, y en particular los relativos a la ciudad, sirvieron a la Corona para diseñar el modelo de ciudad que se implantaría en América, el cual se fue transmitiendo a los Adelantados mediante instrucciones precisas, elaboradas por aproximaciones sucesivas a partir de 1513, y que culminaron con las Ordenanzas sobre descubrimiento y población de 1573.

#### **CUARTA PARTE: SOBRE CÓMO SE IMPLEMENTÓ EL MODELO URBANO DE LA CIUDAD COLONIAL EN HISPANOAMÉRICA**

Desde el mismo inicio del proceso de conquista y dada la importancia jurídica de fundar ciudades o *civitas* en los espacios ocupados para la determinación del área de las gobernaciones de los adelantados, la Corona comenzó a idear el modelo urbano que debía implantarse, con orden, y a instruir a los conquistadores sobre la forma y el orden que se debía tener en el proceso de fundación, tanto desde el punto de vista de la escogencia de los lugares y sitios adecuados, como desde el punto de vista de su diseño urbano regular. Para ello, todos los conocimientos disponibles derivados del Renacimiento se utilizaron de inmediato y se plasmaron en instrucciones que se comenzaron a formular con cierta precisión a partir de 1513, con motivo de la expedición comandada por Pedrarias Dávila para la conquista de la Provincia de Castilla del Oro, y culminaron con las mencionadas *Ordenanzas sobre descubrimiento y población* otorgadas por Felipe II en 1573. Sesenta años bastaron para que un modelo de ciudad especialmente diseñado para América se hubiese ideado y aplicado en todo el continente americano, lo que fue posible, sin duda, porque todas las ideas renacentistas que paralelamente se estaban formulando por los humanistas de los siglos xv y xvi, penetraron en la Corte de los Reyes Católicos y luego, de Carlos V y Felipe II, y se plasmaron en instrucciones reales del derecho indiano.

El texto de estas instrucciones pone en evidencia, en todo caso, la enorme y directa influencia que en su redacción tuvieron los textos de Vitruvio y Alberti, entre otros.

## I. LAS INSTRUCCIONES DADAS A LOS ADELANTADOS EN 1513, 1521 Y 1523 PARA POBLAR Y PACIFICAR EL TERRITORIO AMERICANO

Dada la necesidad jurídica de fundar pueblos para la determinación geográfica de las provincias, fue con ocasión del inicio de la conquista de Tierra Firme y con motivo de la adopción de las llamadas Leyes de Burgos de 1512 que se comenzaron a dar precisas instrucciones a los adelantados entre otras cosas, en relación con la forma de fundar los pueblos. En tal sentido, la *Instrucción dada por el Rey á Pedrarias Dávila, para su viaje a la Provincia de Castilla del Oro que iba á poblar y pacificar con la gente que llevaba*, en Valladolid, el 2 de agosto de 1513, es de la mayor importancia (*Instrucción de 1513*).

Las Instrucciones fueron otorgadas por Fernando el Católico (de Aragón), pues la reina Isabel ya había fallecido, por lo que no es descartable que en ellas hubiesen influido las concepciones aragonesas medievales sobre la ciudad que provenían tanto de las ciudades establecidas a partir del siglo XIII como de las ideas de Eiximenis.

Posteriormente, en 1521, esta vez por el rey Carlos I, se emitió una *Real Cédula de Población otorgada a los que hicieran Descubrimientos en Tierra Firme* en la cual, precisamente con motivo de las empresas descubridoras que ya se habían adelantado en el mar Caribe por Francisco de Garay, en la isla de Santiago; Diego Velásquez en Cuba, en Cozumel y Yucatán, y Juan Ponce de León, en la isla de Puerto Rico, el ya Emperador les concedió licencia para poblar «á vuestra costa é misión [...] con tanto que en la dicha población tengáis é guardéis la orden siguiente». Ello motivó, entonces, que se formularan con carácter general los principios de ordenación del poblamiento, que antes se habían formulado en particular para Pedrarias, y que rigieron el poblamiento en adelante materialmente en toda la América hispana (*Instrucción de 1521*).

Después de la conquista de la Ciudad de México en 1521 y de la designación de Hernán Cortés como gobernador y capitán general de Nueva España en 1522, en Valladolid, el 26 de junio de 1523, el Emperador formuló la *Instrucción para la población de la Nueva España, conversión de indios y organización del país*, dada a Hernán Cortés y que sirvió de guía para el poblamiento sucesivo de la Nueva España (*Instrucción de 1523*) en la cual se recogieron las normas y principios que ya habían sido establecidos en las Instrucciones anteriores

En todas estas Instrucciones, en las cuales puede apreciarse la influencia directa de la experiencia aragonesa y castellana de las nuevas pueblas y de los escritos de Eiximenis, Vitruvio y Alberti, se formularon un conjunto de órdenes y normas en materia de fundación de pueblos y ciudades, que fueron el origen del proceso de formulación jurídica del poblamiento lo que, en aproximaciones sucesivas, culminaría con las *Ordenanzas de Descubrimiento y Población* de Felipe II de 1573.

Los siguientes aspectos son los más notables de dichas Instrucciones de 1513, 1521 y 1523, en cuanto al proceso de poblamiento.

## 1. El nombre de los lugares y la atención de la evangelización

En la *Instrucción de 1513*, decía el Rey a Pedrarias, que llegados a la Provincia de Castilla del Oro, con la buenaventura «lo primero que se ha de facer es poner nombre general á toda la tierra general, á las cibdades é villas é logares», y dar «orden en las cosas concernientes al aumento de Nuestra santa fe é á la conversión de los yndios, é á la buena orden del servicio de Dios é aumento del culto divino» (número 5).

Con esta *Instrucción* se expresó formalmente la obligación de los adelantados de poner nombres a todos los sitios, lugares y pueblos que descubrieren o encontraren, lo que fue una característica específica de la conquista española al punto de que aún hoy se conservan muchos de los nombres dados inicialmente a los sitios (ríos, llanos, colinas, cerros, montañas, costas, bahías, islas, etc.). Estas denominaciones, por otra parte, se debían informar a la Corona mediante *Relaciones* que los adelantados y gobernadores debían elaborar, en muchos casos, acompañadas de mapas generales de las respectivas provincias.

En la *Instrucción de 1521*, al igual que ocurrió en la dada a Pedrarias en 1513, se insistía en la necesidad de dar nombre a los lugares y de atender debidamente la empresa evangelizadora, así:

Primeramente, habéis de proveer que, llegados á cualesquier tierras é islas, en los términos é límites que caen en lo que así habéis descubierto con la buena ventura, lo primero es poner nombre á todas las ciudades, villas é logares que se hallaren é en la dicha tierra hobiere ó se hiziere con grandísimo cuidado y vigilancia; y dar orden en las cosas concernientes y necesarias á la aumentacion de nuestra santa fe católica é á la conversion de los caciques é indios y á la buena orden del servicio de Dios y del culto divino.

Sobre el tema de dar nombres a los sitios y lugares, en la *Instrucción* dada a Hernán Cortés en 1523 se recogieron los mismos principios de las Instrucciones precedentes, así: «11. Item, juntamente con los dichos nuestros oficiales pondréis nombre general a toda la dicha tierra e provincias de ellas, e a *las ciudades, villas y lugares que se hallaren y en la dicha tierra hubiere*, en las cosas concernientes al aumento de nuestra santa fe católica a la conversión de los indios».

Conforme a estas instrucciones, por tanto, todo fue bautizado, comenzando por los lugares y ciudades. Pero para ello, en muchos casos predominó la tendencia a darle a las nuevas tierras los nombres de las regiones de España, y de allí surgió la isla La Española, Nueva España, Castilla del Oro, Nueva Andalucía, Nuevo Reino de Toledo, Nueva Galicia, Nueva Vizcaya, Nuevo León, Nueva Extremadura y Nuevo Reino de Granada. También se les dieron a las nuevas villas y ciudades los nombres de las ciudades de nacimiento de los fundadores en la Península, y de allí, por ejemplo, los nombres de las Méridas, los Trujillos, las Cuencas, las Sevillas y los Cáceres en varias partes del territorio americano. También fueron utilizados los nombres de los monarcas o de sus ministros, como sucedió con los nombres de Fernandina, Isabela, La Imperial, San Carlos de Austria o Fonseca; o los propios nombres de los propios fundadores de las ciudades, como Mendoza o Valdivia.

## 2. La elección de puertos en la costa de la mar

En virtud de que la expedición de Pedrarias era una empresa dirigida hacia la costa de la Tierra Firme, la Instrucción precisó en particular a lo que debía atenderse el adelantado en cuanto a los asientos que se hicieran en la costa del mar. Así, en el número 6 de la *Instrucción* de 1513 se le indicó a Pedrarias, lo siguiente:

6. Una de las principales cosas en que habéis mucho de mirar, es en los asientos ó logares que allá se hobieren de asentar: lo primero es ver en cuántos logares es menester que se fagan asientos en la Costa de la Mar, para se guardar la navegación é para mas seguridad de la tierra; que los que han de ser para se guiar la navegación, sean en puertos que los navíos de acá de España fueren, se puedan aprovechar dellos en refrescar e tomar agua, é las otras cosas que fueren menester para su viaje.

La escogencia del lugar para un puerto, por tanto, requería que se tuvieran en consideración tanto las necesidades de la navegación como la seguridad de la tierra, debiendo tratarse de sitios en los cuales pudiera guiarse fácilmente la navegación, se pudieran fondear los barcos y hubiera agua dulce y provisiones.

Respecto de la escogencia de sitios en la costa para la ubicación de pueblos, en la *Instrucción* de 1513 también se daban indicaciones sobre su calidad desde el punto de vista de la salud, el comercio y del trabajo, así: «Así en el logar que agora está fecho, como en los que de nuevo se ficieren, se ha de mirar que sean en sitios sanos é non anegadizos, é donde se puedan aprovechar de la Mar para cargo e descargo, sin que haya trabajo é costa de llevar por tierra las mercaderías que de acá fueren».

Un pueblo en costa de mar, por tanto, debía ubicarse en un sitio sano y particularmente no anegadizo ni pantanoso; y con una calidad tal que pudiera servir de punto de carga y descarga de los navíos, con el menor trabajo posible, a fin de llevar los bienes a sus destinos sin tener que hacer largos recorridos por tierra.

En relación con los asientos en la costa del mar, en la *Instrucción de 1521*, repitiéndose lo que se había establecido en la Instrucción de 1513 a Pedrarias, se decía:

Una de las cosas principales, en que habéis mucho de mirar, es en los asientos de los logares que allá se hubiesen de fazer y sentar lo primero es ver cuantos logares es menester que se hagan asiento en la costa de la mar, para seguridad de la navegación y para seguridad de la tierra; que los que han de ser para asegurar la navegación, sean en tales puertos, que los navíos, que de acá de España, fueren, se puedan aprovechar dellos en refrescar de agua y las otras cosas que fueren menester para su viaje, así en el logar que agora están fechos, como en los que de nuevo se hizieren.

En todo caso, en la *Instrucción de 1521* también se insistía en la necesidad de velar por la calidad de los sitios, así «se ha de mirar que sea en sitios sanos y no anegadizos, y donde se pueda aprovechar de la mar para cargo y descargo, sin que haya trabajo é costa de llevar por tierra las mercaderías que de acá fueren».

En la *Instrucción* dada a Cortés en 1523 también se exigía prestar mucha atención en cuanto a la elección de los sitios, así «una de las más principales cosas que habéis de mirar mucho, es en los asientos de los lugares que allá se hubieren de hacer y asentar de nuevo».

Basándose en ello, también se formulaban recomendaciones siguiendo las mismas orientaciones que en las Instrucciones precedentes, según se tratase de asientos en la costa del mar o en el interior.

En cuanto a los asientos en costa de mar, la *Instrucción de 1523* a Cortés también señalaba:

Lo primero, es ver en cuantos lugares es menester que se hagan asientos en la costa de la mar para seguridad de la navegación y para seguridad de la tierra; y los que han de ser para asegurar la navegación, sean en tales puertos que los navíos que de acá de España fueren se puedan aprovechar de ellos en refrescar de agua e de las otras cosas que fueren menester para su viaje. E si en el lugar que agora están hechos, como en los que de nuevo se hicieren, se ha de mirar que sean en sitios sanos y no anegadizos y de buenas aguas y de buenos aires y cerca de montes y de buena tierra de labranzas, e donde se puedan aprovechar de la mar para cargar e descargar, sin que haya trabajo e costa de llevar por tierra las mercaderías que de aca fueren.

### **3. La elección de los sitios en el interior y sus calidades para el asentamiento de pueblos**

Pero el sitio de las poblaciones no solo debía escogerse en las costas del mar, sino que, particularmente, por razones de explotación minera, los centros poblados también debían ubicarse en tierra adentro, para lo cual, en el mismo número 6 de la *Instrucción* de 1513 sobre la elección de los sitios según fueran en la costa o tierra adentro, se daban instrucciones precisas para los asentamientos.

En los casos en los cuales los asentamientos de pueblos se ubicasen en el interior del territorio, particularmente por el interés minero, en la *Instrucción de 1513* se exigía que estuviesen en riberas de ríos para facilidad del transporte, así:

é si por respeto de estar más cercanos á las minas se hobieren de meter la tierra adentro, débese mucho mirar que por alguna rivera, se puedan llevar las cosas que de acá fueren desde la Mar fasta la población, porque non habiendo allá bestias, como non las hay, sería grandísimo trabajo para los hombres llevarlo acuestas, y ni los de acá, ni los yndios non lo podrían sufrir; y que sean de buenas aguas é de buenos aires é cerca de montes é de buena tierra de labranza; é destas cosas, las que más pudiere tener.

La exigencia, por tanto, era múltiple. En primer lugar, ya se constataba como en efecto era así, que en América no había bestias de carga, por lo que se exigía que el pueblo estuviese cerca de la ribera de un río, por cuyas aguas pudieran transportarse desde el mar los bienes y objetos necesarios, y evitar así que los mismos tuviesen que ser transportados a cuestras, por los hombres, españoles o indios. Por ello, materialmente todos los pueblos y

villas situados en el interior de los territorios de América hispana, se asentaron a orillas de los ríos. En segundo lugar, se exigía que en el sitio escogido para asentar el pueblo se constatará que las aguas fueran buenas, y que el lugar tuviera buenas brisas, cerca de montes, y además, existieran tierras de labranza, tal como se planteaba en las obras de Santo Tomás, de Eiximenis y de Vitruvio.

En cuanto a los sitios en tierra adentro, en la *Instrucción de 1521*, al igual que en la *Instrucción a Pedrarias de 1513*, se decía:

Y si por respeto de estar más cercanos á las minas se hobiere de meter la tierra adentro, débese mucho mirar que por alguna ribera se puedan llevar las cosas que de acá fueren, desde la mar hasta la población; porque no habiendo allá bestias, sería grandísimo el trabajo para los hombres llevarlo á cuestras, y ni los de acá ni los de allá lo podrán sufrir.

En relación con la calidad de los sitios, en la *Instrucción de 1521*, al igual que en la dada a Pedrarias, también se insistía: «Y los dichos asentamientos, se ha de mirar que sean de buenas aguas y de buenos aires, y cerca de montes, y de buena tierra de labranza; y destas cosas las que mas pudieren tener».

En cuanto a los asentamientos en tierra adentro la *Instrucción a Cortés de 1523*, también indicaba lo siguiente:

e si por respeto de estar más cercano a las minas se hubiere de meter la tierra adentro, débese mucho mirar que sea en parte que por alguna ribera se pueda llevar las cosas que de acá fueren desde la mar hasta la población, porque no habiendo allá bestias, como no las hay, será grandísimo el trabajo para los hombres llevarlos a cuestras, que ni los de acá ni los indios lo podrán sufrir. E de tener estas cosas susodichas las que más pudieren tener se deben procurar.

#### **4. La necesaria preservación de los pueblos de indios**

Fue en la Instrucción de 1523 dada a Hernán Cortés, donde se comenzó a prestar atención a los pueblos existentes, reconociéndose la realidad del mundo azteca en el sentido de que había muchos indios congregados en pueblos, por lo que se instruía que debía procurarse mantenerlos y conservarlos con su propia organización, así: «2. Asimismo, por las dichas causas parece que dichos indios tienen mucha razón, para vivir política y ordenadamente en sus pueblos que ellos tienen, habéis de trabajar, como lo hagan así y preserven en ello, poniéndolos en buenas costumbres y toda buena orden de vivir».

Esta circunstancia de que en la Nueva España los indios estaban habituados a la vida urbana, hizo que el desarrollo de los pueblos de indios se hiciera en forma distinta a las reducciones que se desarrollaron en las islas antillanas o en otras partes de Tierra Firme, por ejemplo, donde la población indígena estaba dispersa. Por ello, muchas ciudades españolas en Nueva España se establecieron sobre lo que eran ciudades indígenas, como fue el caso de Cholula.

## 5. El repartimiento de solares y de heredades

Uno de los aspectos más importantes de la conquista que se encomendaba a los adelantados mediante Capitulación, y que realizaban a sus propias expensas, era que el reclutamiento de las huestes se debía hacer siempre bajo promesa de repartimiento no solo de parte del botín que se descubriese, sino de tierras para poblar y para cultivar. Se trataba de empresas colonizadoras para lo cual debían entregarse a los colonos pobladores los solares necesarios para hacer sus casas, y heredades para cultivo. En esta forma, en el número 7 de la *Instrucción* de 1513 se indicaba la forma en que debía hacerse el repartimiento de tierras en los pueblos: «Vistas las cosas que para los asentos de los logares son necesarias, e escogido el sitio más provechoso y en que incurrn más de las cosas que para el pueblo son menester, habéis de repartir los solares del logar para facer las casas, y estos han de ser repartidos segund las calidades de las personas».

En cuanto al repartimiento de heredades, este debía ser equitativo, pero según la importancia de cada colono. Así se señalaba:

Así mesmo se han de repartir los heredamientos segund la calidad e manera de las personas, e segund lo que sirvieren, así les creced en heredad, y el repartimiento ha de ser de manera que á todos quepa parte de lo bueno e de lo mediano e de lo menos bueno, segund la parte que á cada uno se le hobiere de dar en su calidad; e porque los primeros que allá pasaron con Hojeda e Nicuesa e Enciso han pasado mucho trabajo e fambre e necesidad, á Hojeda e á ellos se les ha de facer mejoría en repartimiento, á él como á Capitan, e á ellos como á vecinos en el logar que está fecho, si por alguna cabsa de más comodidad se hobiere de mudar, ó si non se mudare en él.

En la *Instrucción* de 1521, también se reguló lo concerniente al repartimiento de solares y heredades:

Vistas las cosas que para los asentos de los lugares son necesarias, y escogido el sitio mas provechoso y en que incurrn más de las cosas que para el pueblo son menester, habéis de repartir los solares del logar, para hazer las casas. Y estos han de ser repartidos, segun las calidades de las personas a quien se dieren y lo que cada uno hobiera servido.

Más adelante se señalaba el mismo principio del repartimiento equitativo de heredades, de manera que cada cual tuviese parte de la tierra buena, de la mediana y de la menos buena, así: «Así mesmo se han de repartir los heredamientos, é segun la calidad é manera de las personas; é segun lo que sirvieren; ansi les creced en heredad. Y el repartimiento ha de ser de manera, que á todos quede de lo bueno y de lo mediano y de lo menos bueno, segun la parte que cada uno se le hobiere de dar en su calidad».

En cuanto al repartimiento de solares en las villas y de heredades para el cultivo, en la *Instrucción* a Cortés de 1523, ello también se regulaba con detalle así: «12. Vistas las cosas que para los asentos de los lugares son necesarias y escogidas, y el sitio más provechoso e que incurran más de las cosas que para el pueblo son menester, habéis de repartir los solares del logar para hacer las casas, y estos han de ser repartidos según la calidad de las personas».



En particular en cuanto al repartimiento de heredades, en la *Instrucción* de 1523 se incorporó por primera vez la distinción entre las «caballerías» y las «peonías», que eran los nombres para las heredades destinadas a los de a caballo y a los peones, así:

ansi mismo se han de repartir los heredamientos según la calidad y manera de las personas y según lo que hubieren servido asi los creced y mejorad en heredad, repartiéndolas por peonías o caballerías y el repartimiento ha de ser de manera que a todos quepa parte de lo bueno y de lo mediano y de lo menos bueno, según la parte que a cada uno se le hubiere de dar en su calidad.

Por otra parte, también aparece en forma expresa en la Instrucción de 1523, la misma exigencia de la obligación de residencia para la consolidación de la propiedad sobre las heredades, pero extendida por un periodo de cinco años, así:

13. E a las personas y vecinos que fueren recibidos por vecinos de los tales pueblos, les déis sus vecindades de caballerías o peonías, según la calidad de la persona de cada uno; residiéndola por cinco años le sea dada por su vida la tal vecindad, para disponer de ella a su voluntad como es costumbre; al repartimiento de las cuales dichas vecindades y caballerías que se hubieren de dar a los tales vecinos, mandamos que se halle presente el Procurador de la ciudad o villa donde se le hubiere de dar y ser vecino.

## 6. El orden de la población y su crecimiento ordenado

Con la *Instrucción* a Pedrarias de 1513, como se dijo, se inició la formulación de reglas para el establecimiento de los pueblos de manera ordenada con el objeto de asegurar su crecimiento ordenado; reglas que se fueron perfeccionando por aproximaciones sucesivas en las décadas siguientes, de manera que como lo decía el plano de Santiago de León de Caracas levantado por el gobernador Juan de Pimentel «desta suerte ba todo el pueblo edificandose». Hasta cuando se dictó la Instrucción dada a Pedrarias, los pueblos que se habían fundado en la isla La Española y en las otras islas del Caribe y en Tierra Firme, puede decirse que en su inicio no tuvieron una forma urbana ordenada y reticular, ni siquiera en el caso de Santo Domingo, la cual sin embargo como todas posteriormente fue objeto de un trazado regular. En todo caso, las Instrucciones dadas a partir de 1513, contribuyeron al desarrollo de esa forma ordenada en todas las poblaciones, incluso en la reordenación de los pueblos y villas que habían sido fundados en las islas antes de esa fecha.

Ahora bien, en cuanto a las Instrucciones de 1513, en su redacción se aprecia, por supuesto, la influencia directa de Vitruvio y de Alberti, y con ellos, todas las ideas de orden y simetría que conformaron el Renacimiento en la arquitectura.

En efecto, en el mismo número 7 de la Instrucción de 1513 se ordenaba que en el repartimiento de solares, estos fueran *de comienzo dados por orden*, agregándose: «Por manera que fechos los solares, el pueblo parezca ordenado, así en el lugar que se dejare para plaza, como el lugar en que hobiere la iglesia, como en la órden que tovieran las calles; porque en los logares que de nuevo se facen dando la órden en el comienzo, sin ningud trabajo ni costa quedan ordenados, e los otros jamás se ordena».

De esta Instrucción dada a Pedrarias Dávila, resulta claramente la idea del orden que debía tenerse en el establecimiento de los pueblos, para que fundados en forma ordenada, en el futuro pudieran sin esfuerzo seguir desarrollándose en forma ordenada a medida que se fueran agrandando. El orden debía entonces prevalecer en cuanto al sitio para el asiento de la plaza mayor, y en el de la iglesia, que debía estar próximo a la plaza. Además, el orden debía guiar el diseño de las calles; y ese orden solo podía resultar de la forma reticular.

En todo caso, el modelo urbano adoptado formalmente a partir de 1513, reflejado rápidamente en la traza de Santo Domingo, y que guió el diseño de la casi totalidad de los pueblos, villas y ciudades de América, por tanto, gravitó en torno a los tres elementos urbanos esenciales mencionados en la Instrucción: El primero, la plaza, que era lo que debía establecerse inicialmente, siendo el elemento principal, y cuya forma debía hacer parecer el pueblo como ordenado. Por supuesto, no había otra forma ordenada que no fuera la forma cuadrangular o rectangular, en todo caso, reticular, con lados rectos. El segundo, la iglesia que debía ubicarse también en un sitio ordenado, fuera del área de la plaza, pero en un lugar principal, que en general fue en una de las manzanas ubicadas a un costado de la plaza. Y el tercero, las calles que debían también tener orden, es decir, diseñarse ordenadamente, y no había otra forma para el orden de las calles, cuando debían partir de la plaza reticular, que no fuera su trazado en líneas rectas, formando ángulos rectos en los cruces entre ellas, y manzanas o cuadras de terreno, donde se ubicaban los solares a ser repartidos, también ordenadamente.

La plaza, la iglesia y las calles, por tanto, configuraron el modelo urbano latinoamericano, y este se siguió uniformemente en todas partes. Correspondió así a Alonso García Bravo, quien había llegado a América en la expedición de Pedrarias, haber comenzado a implantar el modelo. A él, incluso, se le atribuye haber diseñado la planta de la ciudad de Santo Domingo en La Española y fue a este alarife a quien Pedrarias, en 1519, le habría encomendado el trazado de las ciudades de Panamá y Natá; y Hernán Cortés, el diseño de la Villa Rica de la Vera Cruz y la reconstrucción de Ciudad de México, además de la planta de Oaxaca.

En todo caso, la parte de mayor interés en la *Instrucción* de 1521, conforme a la orientación de la *Instrucción* a Pedrarias Dávila de 1513, también era la relativa al orden regular que debía tener la población para asegurar su crecimiento ordenado, expresada así:

Y desde el comienzo se han de dar y comenzar por orden, por manera que fechos los solares, el pueblo parezca ordenado, así en el lugar que se dexare para plaza, como el lugar en que hobiere de ser la Iglesia, como en la orden que tuvieren los tales pueblos en los servicios y edificios públicos. Porque en los lugares que de nuevo se hazen, dando la orden en el comienzo, sin ningún trabajo ni costa quedan ordenados; y los otros jamás se ordenan.

El orden urbano, por tanto, si se establecía desde el inicio, luego se desarrollaba sin esfuerzo adicional. Eso fue lo que sucedió, por ejemplo, en Buenos Aires, donde la cuadrícula fue repetida sin límites en la llanura circundante. Se trata de un principio elemental de la planificación urbana que puede decirse que se aplicó con la forma reticular para el

diseño y crecimiento de todas las ciudades hispanoamericanas hasta comienzos del siglo xx. Ello se puede observar de los planos casi idénticos de Caracas de 1801 y de 1909, y en el plano de la misma ciudad de 1929 donde se aprecia un crecimiento reticular aun cuando con cuadras más pequeñas. El principio se abandonó, sin embargo, al invadir el modernismo el diseño de las ciudades.

Los solares, señalaba al igual que las anteriores la *Instrucción* de 1523, debían desde un comienzo ser repartidos por orden, para que el pueblo apareciera ordenado y siempre lo fuera:

y sean de comienzo dadas por orden, de manera que hechas las casas en los solares, el pueblo parezca ordenado, así en el lugar que dejaren para la plaza, como en el lugar que hubiere de ser la iglesia, como en la orden que tuvieren los tales pueblos y calles de ellos; porque en los lugares que de nuevo se hacen, dando la orden en el comienzo, sin ningún trabajo ni costa quedan ordenados, y los otros jamás se ordenan.

En esta forma, en los planos iniciales de las ciudades hispanoamericanas aparece el reparto de solares en las cuadras de la ciudad, incluso con la indicación de los nombres de los pobladores.

## 7. La iglesia

Dado el carácter evangélico de la conquista, de acuerdo con la *Instrucción*, en la traza de los pueblos y su desarrollo posterior, lo primero que debía construirse era la iglesia. La *Instrucción* señalaba: «Y en lo que de nuevo se ficieren la más principal cosa e que con más diligencia se ha de hacer, es la iglesia, porque en ella se faga todo el servicio de Dios que se debe hacer».

En cuanto a la ubicación de la iglesia en relación con la plaza, nada se precisaba, aun cuando conforme al rito vigente para el sacrificio de la misa en el siglo xvi, la fachada debía orientarse hacia el oeste y el ábside hacia el este, como sucedió con casi todas las iglesias coloniales que se ubicaron al este de la plaza mayor.

## 8. Recomendación general del orden

La *Instrucción de 1521* terminaba con una recomendación general del orden que una vez seguido evitaría trabajos sucesivos innecesarios:

Habéis de procurar con todo cuidado de tener fin en lo de los pueblos que hizierdes en la tierra adentro, que los hagáis en parte é asientos que os podáis aprovechar dellos para poder hazellos. Y porque desde acá no se os puede dar regla ni aviso particular por la manera que se ha de tener en hacerlo, sino la esperiencia de las cosas que de allá sucedieren os han de dar la avilanteza y aviso de como y cuando se ha de hacer. Solamente se os puede dezir esto generalmente: que procuréis con mucha instancia y diligencia y con toda la brevedad que pudiédes, de certificarnos dello, y certificado ques ansi verdad, á todas las cosas, que ordenárdes y hizierdes, las hagáis y determinéis con pensamiento que os han de servir y aprovechar para

aquello. Porque habrá mucho de lo que agora sin ninguna costa ni trabajo les podéis hazer, porque no costará más sino determinarlas que se hagan de la parte que sean provechosas, como se habia de hazer en otra parte que no lo fuesen, de donde si, despues los hobiédes de mudar para este propósito, será muy trabajoso, y algunos tan dificultosos, que serian imposibles.

Conforme a estas Instrucciones, por ejemplo, puede decirse que Juan Ponce de León, quien como se dijo había fundado el pueblo de Capana en 1508 en la isla de Puerto Rico, dispuso el traslado de la ciudad en 1521 al sitio de la «ysleta» que hoy ocupa San Juan de Puerto Rico, con un trazado reticular, con manzanas rectangulares.

En la *Instrucción* dada a Cortés, al igual que en la Instrucción General de 1521, también se formularon recomendaciones generales sobre el orden, así:

15. Habéis de procurar con todo cuidado de tener fin en los pueblos que hicieren en la tierra adentro, que los hagáis en parte y asiento que os podáis aprovechar de ellos para poder hacerlo. Y porque desde acá no se puede dar regla particular para la manera que se ha de tener en hacerlo sino la experiencia de las cosas que de allá sucedieren, os han de dar la abilanteza e aviso de cómo y cuándo se han de hacer; solamente se os puede decir esta generalmente: que procuréis con mucha instancia y diligencia y con toda brevedad que pudiéredes certificaros de ello y certificado que es ansi verdad, todas las cosas que ordenáredes e hiciéredes, las hagáis y determinéis con pensamiento que os ha de servir e aprovechar para aquello, porque habrá mucho de ello que agora sin ninguna costa ni trabajo lo podéis hacer, porque no costará más sino determinar lo que se haga de la parte que sea provechosa, como se había de hacer en otra parte que no lo fuese, de donde si después la hubiédes de mudar para este propio sería muy trabajosa cosa y algunas tan dificultosas que serían imposibles.

## II. LA CULMINACIÓN JURÍDICA DE LA ORDENACIÓN DEL PROCESO DE POBLAMIENTO EN AMÉRICA: LAS ORDENANZAS DE DESCUBRIMIENTO Y POBLACIÓN DE FELIPE II DE 1573

### 1. El orden que se ha de tener en descubrir y poblar

El punto culminante de la formulación jurídica del modelo urbano y del proceso de poblamiento y de formación de ciudades en América Hispana, que se inició mediante Instrucciones dadas a los adelantados y gobernadores con motivo de cada empresa o, en general, durante la primera mitad del siglo XVI, lo constituyeron las *Ordenanzas de Descubrimiento y Población dadas por Felipe II en el Bosque de Segovia*, el 13 de julio de 1573, en las que se establecen con precisión las reglas e instrucciones relativas a la forma urbana regular y reticular de la ciudad americana, en lo que se puede considerar como el primer cuerpo orgánico de normas jurídicas sobre ordenación urbana que se haya dictado jamás. En ellas, se les precisó a los adelantados «el orden que se ha de tener en descubrir y poblar».

Las Ordenanzas, ante todo, ratificaron el carácter de la empresa descubridora como una política y derecho exclusivo de la Corona, aun cuando realizada por particulares.

Por ello, el artículo primero comenzó por asegurar el control absoluto de la empresa indiana a la Corona, lo cual ya se había establecido claramente desde la Orden Real dada en Granada el 3 de septiembre de 1501, en el sentido de que nadie podía hacer nuevos descubrimientos sin la obtención previa de una licencia. De allí la advertencia del artículo 1 de las Ordenanzas a quienes se atrevieran a realizar expediciones de descubrimiento, nueva población o pacificación sin expresa licencia de las autoridades facultadas para otorgarlas, que se les castigaría con la pena de muerte y de perdimiento de todos los bienes.

A tal efecto, se facultaba a las autoridades civiles y eclesiásticas a celebrar Capitulaciones de descubrimientos y pacificación, con la condición de que luego las remitieran al virrey o a la Audiencia para que estos, a su vez, las mandaran al Consejo de Indias el cual, en últimas instancia, era el único capacitado para otorgar la licencia definitiva (Art. 2).

En todo caso, la licencia para hacer nuevas poblaciones estaba condicionada a que estas se hiciesen «guardando la orden que en el hazerlas se manda guardar por las leyes de este libro».

A los efectos de formalizar la tarea descubridora y asegurar el dominio de la Corona, los artículos 13 y 14 establecieron que tanto en los descubrimientos por mar y por tierra, la toma de posesión que debía efectuarse, apenas llegados a lo nuevamente descubierto, se debía realizar en nombre de los reyes de Castilla, *con todas las formalidades inherentes al caso, y ante escribano público que debía levantar el acta correspondiente*. En dicha acta se debían incluir los nombres que los descubridores pusieren a las diversas provincias, tierras, montes y ríos principales que fueran encontrando y ciudades que fueren fundando.

Para guiar esa empresa de la Corona, realizada por particulares a sus expensas, fue necesario idear y promulgar todo un conjunto de normas, algunas dirigidas a determinados adelantados, otras formuladas en forma general, que orientasen y guiasen la tarea de descubrir y particularmente de poblar, a cargo de adelantados dispersos en toda América. Esas normas e instrucciones, precisamente, y por agregaciones sucesivas culminaron con la elaboración de las *Ordenanzas* de Felipe II de 1573, cuya parte más importante con relación a la forma urbana, es la relativa a las instrucciones sobre *el orden que se ha de tener en descubrir y poblar*, por supuesto, aplicables a las Nuevas Poblaciones, y donde se evidencia toda la influencia renacentista antes indicada. Esta es la parte que nos interesa destacar de las Ordenanzas contenidas en los artículos 32 al 137.

## 2. Las normas sobre el sitio y ubicación de las poblaciones

### A. La elección de los sitios

Las *Ordenanzas* establecieron las pautas que debían tomar en cuenta los adelantados para elegir los sitios de ubicación de las poblaciones, con normas relativas a la salubridad, al abastecimiento y a la ubicación.

*a. Principios relativos a la salubridad*

Los artículos 34 al 37 de las Ordenanzas establecieron las pautas generales para la elección de los sitios más convenientes para asentar las poblaciones, recomendándose escoger comarcas saludables, esto es, aquellas en que se encontrasen hombres de edad avanzada, así como hombres sanos y fuertes y de buen color; animales sanos y de buen tamaño; buenos frutos y mantenimientos. Donde no hubiera cosas venenosas, y donde el cielo fuera claro y el aire puro y suave; el clima agradable, sin mucho frío o calor y, en todo caso, que fuera más frío que caliente. Así el artículo 34 señala: «De buena y felice costelación el cielo claro y begnino (sic) el ayre puro y suaue sin ympedimiento ni alteraciones y de buen temple sin excesso de Calor o frio y hauiendo de declinar el mejor que sea frio».

Estas normas, sin duda, tienen su antecedente directo en la obra de Santo Tomás, *De Regimene Principum* (Gobierno de los Príncipes), en cuyo Libro II, Capítulos I y II se encuentra la misma fraseología de las Ordenanzas. El primero de los capítulos estaba destinado a «Cómo los reyes han de fundar ciudades para alcanzar fama, y que se debe elegir para ello sitio templado y las comodidades que de esto se siguen, y las incomodidades de lo contrario»; y el segundo destinado a «Cómo deben los reyes y príncipes elegir las regiones para fundar ciudades o castillos, y que debe ser de aire saludable y muestra en qué se conoce el serlo».

*b. Principios relativos al abastecimiento*

Por otra parte, el artículo 35 exigía que las tierras resultasen fértiles, con abundancia de frutos y de pastos para el ganado, así como de montes con árboles que proporcionasen leña en abundancia y material para la construcción; que se tuviera cuidado de tener cerca agua suficiente para el consumo y para los regadíos, procurando que hubiera buenas salidas y entradas de mar y tierra, y pueblos de indígenas suficientemente cerca para poder evangelizarlos.

*B. La ubicación de los pueblos*

Una vez elegido el sitio que reuniera la mayor cantidad de ventajas para fundar la nueva población, se debía proceder a fijar el lugar que correspondería tanto a la cabecera como a los sitios que le debían estar sujetos, procurando hacerlo sin perjuicio de los indios. De cualquier modo, estos lugares debían tener siempre cerca el agua, los materiales, las tierras de labranza y cultivo, así como los pastos (Arts. 38 y 39).

Una vez que se hubieren escogido los lugares para las cabeceras, se debían señalar los de los pueblos dependientes para estancias, chacaras y granjas, igualmente sin perjuicio de los indios (Art. 42).

*a. La altitud de los lugares*

No se debían escoger lugares muy altos por el problema que representaba tanto el viento como el acarreo de cosas; ni muy bajos, ya que resultaban enfermizos. De preferencia

debían elegirse lugares medianamente levantados, que recibieran el aire del norte y del mediodía. En caso de tener sierras o cuevas cercanas, estas debían quedar al poniente y al levante, y si por alguna causa debía edificarse en lugares altos, se hiciese en sitios donde no estuviesen sujetos a nieblas (Art. 40).

*b. Los pueblos interiores en la ribera de ríos*

De preferencia se recomendaba que las poblaciones interiores se levantasen a la orilla de algún río que fuera navegable, dejando la ribera baja para los oficios que arrojaran inmundicias (Art. 123).

Si el lugar escogido se encontrase a la orilla del agua, debía tenerse cuidado de que quedase de tal forma que a la salida del sol los rayos pegasen primero en la población y no en el agua (Art. 40).

*c. Los pueblos costeros*

Por otra parte, se recomendaba alejarse de las costas por el peligro que representaban los constantes ataques de corsarios y por las enfermedades que en esos lugares abundaban, así como porque eran sitios que se prestaban al ocio. La excepción admisible era que se tratase de puertos principales, necesarios para la entrada, defensa y comercio de las tierras (Art. 41).

Todas estas normas referidas al sitio y ubicación de las poblaciones, por ejemplo, se formularon dos siglos antes que las consideraciones que aparecieron en la mencionada obra de A. Ribeiro Sánchez, *Tratado de la conservación de la salud de los pueblos y consideraciones sobre los terremotos* (1781), donde se señaló:

El sitio más adecuado para conseguir ambos fines (la conservación de los habitantes y su comodidad) será el que estuviere más expuesto al oriente, donde haya aguas vivas y corrientes, al cual se pueda llegar por muchas partes a un tiempo, a fin de que puedan entrar embarcaciones y carruajes, así en verano como en invierno; que no sea ni húmedo por extremo, ni árido como las peñas; que le ventilen antes los vientos fríos, cuales son los de levante y norte, que no los del sur y poniente, que suelen ser húmedos y calientes.

### **3. Las normas sobre el repartimiento de las tierras**

*A. La propiedad pública de las tierras y la concesión en propiedad a los pobladores*

Las tierras de las Indias conforme al derecho castellano eran consideradas como pertenecientes a la Corona. Por tanto, originalmente los particulares solo podían poseerlas, por gracia real, en virtud de Cédula especial o de las normas de las capitulaciones.

El repartimiento constituyó así, el título jurídico, sujeto a normas de permanencia luego de un plazo, para que se originara la propiedad personal. Es decir, el repartimiento si bien fue el título originario para adquirir en propiedad tierras en las Indias, sin embar-

go, no era suficiente para adquirir el pleno dominio, pues era necesario cultivar la tierra o residir en ella en un lapso de tiempo de entre 4 a 8 años. Estas normas, sin duda, tienen sus antecedentes en los fueros medievales de las ciudades castellanas y aragonesas, y en las experiencias del poblamiento como consecuencia de la Reconquista.

Una de las atribuciones de los adelantados, concedidas en las Capitulaciones, fue la de repartir tierras y solares. Lo mismo podía hacer los virreyes, gobernadores en los territorios de nuevo descubrimiento y población, lo cual en este caso debía ser confirmado por la Corona.

### *B. El reparto del terreno*

En el término y territorio del pueblo, debía repartirse la tierra así: «En primer lugar debía determinarse lo que fuera necesario para los solares del pueblo; para los ejidos necesarios y dehesas en las cuales pudiera pastar abundantemente el ganado de los vecinos».

En cuanto a las otras tierras, dentro del territorio y término de la ciudad, debían dividirse en cuatro partes: una de ellas para el fundador del pueblo, «el quista obligado a hazer el dicho pueblo» (Art. 91); y las otras tres partes para ser repartidas en treinta suertes para los 30 pobladores del lugar.

### *C. El repartimiento de solares a particulares*

Salvo los solares en la plaza mayor para la iglesia y las casas reales, el resto de los solares se debían repartir a suerte entre los pobladores, comenzando a partir de la plaza mayor.

Con esto se iniciaba el proceso de apropiación privada del suelo urbano. Los terrenos adyacentes a la plaza mayor, se repartían entre los más destacados de las huestes conquistadoras y pobladoras; y el resto de los solares se iba repartiendo por el adelantado fundador de acuerdo a la categoría social de los pobladores.

En todo caso, los solares que quedaren vacantes se debían reservar a la Corona, para repartirlos entre las personas que de nuevo fueren llegando. Sin embargo, de preferencia se recomendaba al adelantado llevar la planta de la población ya hecha (Art. 127).

Así el artículo 127 de las Ordenanzas, para los futuros repartimientos de solares señalaba que «para que se acierte mejor llebese siempre hecha la planta de la población que se oviere de hazer».

En esta forma, se aseguraba que la ciudad siguiese creciendo ordenadamente de acuerdo con la planta reticular.

### *D. La obligación de ocupar el suelo*

Una vez hecha la planta y repartidos los solares, cada poblador, en la parte que se le hubiere asignado, debía proceder a instalar el toldo que para ello le hubiere solicitado el



capitán. El que no lo llevare, haría su rancho de los materiales que hubiere en la región. Con la mayor prontitud, todos debían cooperar a hacer palisadas en cerco de la plaza, de manera que quedase protegida de los ataques de los indios (Art. 128). Como textualmente lo exigía el artículo 128:

hauiendo hecho la planta de la poblacion y repartimiento de solares cada vno de los pobladores en el suyo assienten su toldo si lo tuuiere para lo qual los capitanes les persuadan que los lleben y los que no los tuuieren hagan su rancho de materiales que con facilidad puedan auer donde se puedan recoger y todos con la maior prestea que pudieren hagan alguna palicada, o tanches (sic) en cerco de la plaça de manera que no puedan rrecibir daño de los Indios y naturales.

#### *E. El repartimiento equitativo de tierras*

En cuanto a las tierras de cultivo, al hacerse los repartimientos debía procurarse que a todos correspondiese «parte de lo bueno e de lo mediano e de lo menos bueno», y debían hacerse sin agravio para los indios, es decir, que no se le quitasen las tierras que pudieran tener; sin perjuicio de terceros y sin que significara concesión de facultades jurisdiccionales sobre los habitantes de la tierra adjudicada ni de propiedad, sobre las minas que existieren o descubrieren.

#### *F. Las peonías y las caballerías*

De acuerdo con las *Ordenanzas*, las tierras se debían repartir entre los nuevos pobladores. Estas se clasificaban en *peonías* y *caballerías*, denominación de origen medieval: las peonías eran las tierras que se otorgaban a los infantes o peones y las caballerías a los caballeros.

Las peonías eran solares de 50 pies de ancho por 100 de largo; 100 fanegas de tierras de labor, de trigo o cebada; 10 de maíz; 2 *huelras* de tierra para huerta; 8 para plantas de otros árboles de secadal; tierra de pasto para 10 puercas de vientre, 20 vacas y 5 yeguas, 100 ovejas y 20 cabras (Art. 105). Las caballerías eran solares para casa de 100 pies de ancho y 200 de largo; y en lo demás, el equivalente de 5 peonías, que eran: 500 fanegas de labor para pan de trigo o cebada; 50 de maíz; 10 *huelras* de tierra para huerta; 40 para plantas de otros árboles de secadal; tierra de pasto para 50 puercas de vientre, 100 vacas, 20 yeguas, 500 ovejas y 100 cabras (Art. 106).

Las *caballerías*, así en los solares como en las tierras de pasto y de labor, se debían de dar deslindadas y apeadas en término cerrado. Las *peonías*, en los solares y tierras de labor y plantas, se debían dar deslindadas y divididas, pero, en cuanto al pasto, era común (Art. 107).

#### *G. Las obligaciones de los pobladores*

Los que tomaren asiento de residir las peonías y caballerías se obligaban a tener edificados los solares y pobladas las casas, así como hechas y repartidas las hojas de las tierras de labor, habiéndolas labrado y puestas de plantas y ganados, fijando los plazos para irlo ha-

ciendo. El que no cumpliera con lo ofrecido, perdía las tierras y solares que se le hubieren señalado, y sería multado. De ahí que antes de empezar, debían otorgar fianza suficiente para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones (Art. 108).

Por otra parte, los que se hubieran comprometido a edificar, labrar y pastar caballerías, podían celebrar asiento con labradores que les ayudasen en sus tareas (Art. 109).

Tanto el gobernador que hubiere negociado la nueva población, como la justicia del pueblo que de nuevo se poblare, quedaban encargados del exacto cumplimiento de las obligaciones de estos pobladores, tanto de oficio como a petición de parte interesada. Igualmente los regidores y procuradores de consejo podían elevar instancias contra los pobladores que no cumplieren sus obligaciones, dentro de sus plazos (Art. 110).

#### **4. Las normas sobre el trazado regular e ilimitado en la fundación de las nuevas poblaciones**

Una vez efectuado el descubrimiento, escogida la parte más conveniente para asentar en ella la nueva población —siempre que no fuera en los lugares reservados en exclusiva para la Corona, ni en perjuicio de los indios— y celebrados los asientos respectivos, se debía proceder de la manera siguiente:

##### *A. La planta o trama ortogonal partiendo de la plaza mayor: a cordel y regla*

Primero se debía hacer la planta del lugar escogido, repartiéndola por sus plazas, calles y solares, a *cordel y regla*, comenzando por la plaza mayor. Desde allí se debían sacar las calles a las puertas y caminos principales, dejando tanto compás abierto que, aunque la población aumentase mucho, se pudiera proseguir en la misma forma. Como lo señala el artículo 110 de las Ordenanzas: «Se haga la planta del lugar repartiéndola por sus plaças calles y solares a cordel y regla comenzando desde la plaça maior y desde alli sacando las calles a las puertas y caminos principales y dexando tanto compas abierto que aunque la población vaya en gran crecimiento se pueda siempre proseguir en la misma forma».

De esta norma de las Ordenanzas resulta claro que el punto de partida de la nueva ciudad o población siempre era la plaza mayor, y que la forma ortogonal o reticular fue la regla general de las ciudades, no solo las fundadas en el siglo XVI, sino también en los siglos subsiguientes de la Colonia. En todo caso, la plaza era lo primero que tenía que situarse y delimitarse en el lugar, y una vez hecho esto, de allí debían salir las calles en forma rectilínea y paralela hacia los confines o puertas de la ciudad.

Las ciudades que ordenaba este texto, no eran ciudades cerradas o amuralladas sino que al contrario, no debían tener límites artificiales y debían crecer en forma ilimitada, siguiendo el mismo esquema formal, de calles paralelas y perpendiculares cruzadas en ángulo recto, a cordel y regla, que nacían de la plaza mayor formando un damero o malla reticular. En consecuencia, las ciudades amuralladas fueron una excepción en la América hispana, lo que sucedió con los puertos importantes en el mar Caribe como Santo Do-

mingo, La Habana, San Juan de Puerto Rico y Cartagena de Indias. Aun cuando no eran puertos, también fueron amuralladas las ciudades de Lima y de Trujillo en el Perú.

En caso de que existiesen las condiciones necesarias en el sitio escogido, la traza de la población debía ajustarse a los siguientes lineamientos (Art. 111): «Que el lugar escogido de preferencia fuera elevado, sano, seguro, fértil y abundante en tierras de labor y pasto; leña, madera y materiales; aguas potables; mano de obra; bien ubicado con entradas y salidas abiertas al norte».

En caso de estar en la costa, se debía tener consideración al puerto, y el mar no debía quedar ni al mediodía, ni al poniente. Que se evitase que quedaren cerca pantanos o lagunas, ya que ahí suelen criarse animales venenosos, además de que tanto el agua como el aire se corrompen (Art. 111).

### *B. La plaza mayor*

Como se dijo, la plaza mayor era de donde debía comenzarse el trazado y edificación de la población. Como lo señalaba el Art. 112 de las Ordenanzas, « la plaza maior de donde se a de comenzar la población [...]».

Pero además, y por lo anterior, la plaza mayor era y ha sido siempre el centro de la vida urbana en las ciudades latinoamericanas y el lugar más importante de la ciudad. Como lo anhelaba más de dos siglos después V. Foronda en su obra *Cartas sobre la Policía* (Madrid 1801), aun cuando pensaba que las calles debían finalizar en la plaza y no comenzar en ella:

Sería tan útil como hermoso que todas las calles finalizaran en una plaza cerrada como la que hay en París, conocida bajo el nombre de *Palacio Real*, que sea el punto de reunión de las gentes, y puedan pasearse en sus arcos, ya de noche, ya cuando llueve, y encontrar reunidas todas las cosas que sirvan de adorno, comodidad y recreo. También debe haber diseminadas por el pueblo otras varias plazas destinadas a vender los alimentos.

Ese anhelo, para ese momento ya era una realidad en el mundo americano. Por ello, las Ordenanzas regulaban con precisión todo lo concerniente a la plaza mayor.

#### *a. Ubicación*

En el caso de que la población se erigiere en la costa, la plaza debía hacerse al desembarcadero del puerto; si estaba tierra adentro, la plaza se debía fijar en el centro o en medio de la población, de manera que fuese el corazón y su centro vital.

Precisamente, por esta norma, en las poblaciones costeras, la plaza mayor estaba abierta al mar y en su extremo costero debía ubicarse el puerto. Como ejemplos se pueden citar la ciudad de la Habana y la ciudad de Buenos Aires, en las cuales se interpuso entre la plaza y el mar un fuerte. La ubicación de la plaza abierta se debía, sin duda, a que ese lu-

gar, el malecón, era el centro de mayor importancia económica y social de la ciudad. Igual exigencia se dio en relación con los pueblos en las riberas de los ríos navegables.

En cambio, en las ciudades mediterráneas, ubicadas tierra adentro, la plaza mayor debía ubicarse en el centro de la ciudad, y de ella debía partir el crecimiento de la ciudad, irradiándose la trama urbana hacia los diversos puntos cardinales, en forma regular.

#### *b. Forma*

La plaza debía ser rectangular, teniendo de largo, una vez y media el ancho, por ser esto lo mejor para las justas de a caballo y otras que se hubieren de hacer (Art. 112). Como lo decía el texto del artículo 112 de las Ordenanzas: «La plaça sea en quadro prolongada que por lo menos tenga de largo Vna vez y media de su ancho porque desta mana es mejor para las fustas de a caualllo y qualesquiera otras que se ayan de hazer».

La idea de esta forma rectangular propia para las fiestas ecuestres, que eran las más populares de la época, sin duda, tiene su antecedente en la forma de los circos romanos que originaron plazas como la Piazza Navona en Roma, tal como lo enseñaba Vitruvio.

Esta regla, sin embargo, no siempre se siguió. La gran mayoría de las plazas en América Hispana fueron rectangulares, ocupando el área de una manzana de la trama urbana. Sin embargo, existen ejemplos de plazas rectangulares que ocupan dos manzanas en la traza de la ciudad, como es el caso, único en Venezuela, de Barinas, y de algunas ciudades en las islas del Caribe, como Daxaban en República Dominicana. Otros ejemplos característicos de esta forma rectangular de la plaza se ubican en ciudades de más reciente fundación como Cienfuegos en Cuba, plaza que en el proyecto de la ciudad elaborado en 1798 se había ubicado en dirección norte-sur.

#### *c. Dimensión*

El tamaño o grandeza de la plaza debía ser en proporción a la cantidad de vecinos que hubiere y al crecimiento futuro de la población que se pudiese prever, no debiendo ser menor de 100 pies de ancho y 300 de largo, ni mayor de 530 de ancho y 800 de largo (Art. 113). Un ejemplo de plaza, sin duda monumental, fue el adoptado en México cuyo Zócalo es de grandes proporciones.

El artículo 113 de las Ordenanzas, en este aspecto de la dimensión de la población, era bastante detallado estableciendo que para determinarla no solo debía tenerse en consideración la cantidad de vecinos existentes al momento de la fundación, sino el crecimiento futuro de la misma, lo que era previsible en ciudades de nueva fundación. Particularmente, en estas debía tenerse en consideración la presencia de los indios o naturales. Como señalaban las *Ordenanzas*, en estas ciudades o poblaciones de indios, «como son nuevas se va con intento de que han de yr en aumento y así se hara la elección de la plaça teniendo respecto de que la población puede crecer».

Por ello, muchos pueblos de indios conservan en la actualidad plazas de gran tamaño, que no guardan proporción con el tamaño del poblado actual.

En todo caso, las *Ordenanzas* recomendaban que una mediana y buena proporción de la plaza era de 600 pies de largo y 500 de ancho.

*d. La intersección de las calles en la plaza*

De acuerdo con las *Ordenanzas*, de la plaza debían salir doce calles: una del centro de cada uno de los cuatro lados del rectángulo y dos de cada esquina, formando ángulo recto.

De acuerdo con esta norma, siendo la forma estipulada para la plaza la rectangular y no la cuadrada y, en principio, de dimensiones mayores a las manzanas de la retícula urbana, las calles debían partir no solo de las cuatro esquinas en ángulo recto, sino que también debían partir de los cuatro costados de la plaza.

En realidad, este modelo normativo puede decirse que solo se siguió muy excepcionalmente en la América hispana, tal y como aparece en los planos hechos para los pueblos de Manajay y San Juan de Jaruco en Cuba. A dicho modelo se le aproxima el caso de Quetzaltenango, aun cuando a la plaza solo llegan once calles en forma irregular. Lo normal fue la opción fáctica que escogieron los fundadores de una forma menos grandiosa y más simple, de plaza cuadrada con las mismas dimensiones de las cuadras del centro poblado, abierta en sus cuatro esquinas de donde salen ocho calles en ángulo recto. Por ello, en general, no salen calles de los costados de las plazas.

En algunos casos, sin embargo, aun con la opción de la plaza cuadrada y sus ocho calles en los ángulos, en muchas ciudades se hizo llegar a alguno de los costados de la plaza algunas calles, como sucedió en el caso de Santiago, en La Española y en el caso de Ponce, en Puerto Rico. En el caso de la Nueva Panamá, a la plaza cuadrada le llegan ocho calles, pero no todas en los ángulos de la misma, presentando una forma irregular en cuanto a la intersección de las calles, al igual que sucede en Cajamarca.

En otros casos, en el diseño de la plaza cuadrada esta se ubicó en el centro de la intersección de las calles principales que cruzaban el poblado, como fue el caso del proyecto para la nueva población de Portobelo en 1731, y es la forma urbana que se escogió para el diseño de las plazas de las ciudades de Rancagua y Vallenar en Chile.

Otro modelo urbanístico de plaza cuadrada que se adoptó en algunos casos, fue el de un cuadrado equivalente a cuatro cuadras del damero, dando lugar a una enorme plaza con las doce calles reglamentarias que llegan a la misma. Es el caso de Mendoza y de otras ciudades del noreste argentino como Resistencia y Formosa. El mismo diseño de plaza cuadrangular equivalente a cuatro cuadras y doce calles que le llegan, se encuentra en la ciudad de Armenia en Colombia. En el caso de Kingston, Jamaica, la plaza William Grant Park es cuadrangular, pero a ella llegan dieciséis calles.

*e. La orientación de las esquinas y la protección respecto de los vientos*

Cada una de las esquinas debía orientarse a los vientos principales para proteger a la plaza de dichos vientos (Art. 114). Así lo decía textualmente el artículo 114 de las Ordenanzas: «De la plaça salgan quatro calles principales Vna por medio de cada costado de la plaça y dos calles por cada esquina de la plaça las quatro esquinas de la plaça miren a los quatro Vientos principales porque desta manera saliendo las calles de la plaça no estaran expuestas a los quatro Vientos principales que seria de mucho ynconviniente».

Precisamente por ello, la orientación general de las plazas en las ciudades de la parte septentrional de Sudamérica, por ejemplo, y de las calles principales que de ellas salen, es Norte-Sur, Este-Oeste, pues los vientos, en general, los alisios, vienen del noreste, como es el caso de Caracas. En otras partes, las esquinas de las plazas se orientaban hacia los puntos cardinales precisamente para que el damero sirviera de rompevientos, como es el caso del diseño de San Felipe, en el centro de Venezuela según el plano de 1732.

En esta forma, como lo enseñaban Vitruvio y Alberti, las calles no se convertían en pasajes o canales de vientos y su disposición cruzada más bien las concebía como obstáculos rompeviento.

*f. Los portales de la plaza mayor*

Dada la forma rectangular de la plaza, el Art. 115 de las Ordenanzas disponía que tanto alrededor de la plaza, como en la entrada de las cuatro calles principales a la misma que partían de sus costados, debían tener portales, por la comodidad que proporcionaban a los comerciantes que ahí se reunieran (Art. 115).

Se concebía así, una plaza rodeada de portales, en la cual, sin embargo, debían quedar libres las ocho calles que salían de la plaza por las cuatro esquinas, «sin encontrarse con los portales retrayendolos de manera que hagan lazera derecha con la calle y plaça».

Este modelo ideal de plaza rodeada de portales, sin duda derivó de la antigüedad del modelo del *Agora* griega o *Foro* romano, como lo había expuesto Vitruvio y luego Alberti. La plaza, rodeada de portales pero cerrada, fue además la forma escogida en las *Bastides* medioevales. Para inicios del Renacimiento, además, se había aplicado en algunas ciudades italianas, como por ejemplo en la Piazza dell'Annunziata en Florencia con la construcción de la *Loggia degli Innocenti* en 1459 de Brunelleschi.

Los portales de las calles de las esquinas de las plazas fueron adoptados con frecuencia en la América hispana, al igual que las arcadas en los lados de la plaza, que muy rara vez se han conservado.

### C. Las calles

#### a. La anchura de las calles

La anchura de las calles se determinaba según el lugar escogido para la ubicación de la ciudad. En los lugares fríos, las calles se debían trazar anchas, para permitir que el sol entrase plenamente en la ciudad. Por ello, por ejemplo, en ciudades como Antigua Guatemala (1500 m de altitud) o en Mucuchíes, Venezuela (3000 m de altitud) las calles todavía se conservan relativamente anchas. En los lugares calientes, por el contrario, las calles debían ser angostas para evitar la inclemencia del sol (Art. 116) y asegurar la protección de la sombra, como por ejemplo sucede en los puertos de Cartagena de Indias y de La Guaira.

En esta forma se regulaba la posibilidad de mayor soleamiento de las ciudades ubicadas en lugares fríos, por la anchura de las calles; y al contrario, una mayor cantidad de sombra en las ciudades ubicadas en lugares calientes, por lo angosto de las calles, como medio de protección ante la inclemencia del sol.

Una recomendación similar pero con dos siglos de diferencia, se encuentra, por ejemplo, en la obra de Benito Bails, *Elementos de Matemática* (Madrid, 1783), en la cual señalaba: «Al determinar el ancho de las calles, y la altura de las casas de la Ciudad, atenderíamos al temple del clima donde las edificásemos. En los países fríos o templados, haríamos las calles anchurosas, y las casas menos altas [...] Pero en un clima caluroso, haríamos más altos los edificios, y las calles más angostas».

#### b. La prolongación del trazado regular de las calles

Las calles debían proseguirse a partir de la plaza mayor, de suerte que aunque la población llegase a crecer de manera considerable no se afease la población, o se obstruyese su defensa o comodidad (Art. 117). Así se expresaba el artículo 117 de las Ordenanzas: «Las calles se prosigan desde la plaza maior de manera que aunque la poblacion venga en mucho crecimiento no venga a dar en algun inconveniente que sea caussa de afear lo que se ouiere rrehedificado e perjudique su defensa y comodidad».

En esta forma, las *Ordenanzas* previeron el crecimiento ordenado de la población, conforme a la forma y dirección de las calles, de manera ilimitada, conforme a un esquema uniforme de la trama urbana. Hasta las primeras décadas del siglo xx muchas ciudades latinoamericanas continuaban creciendo con el orden reticular, como por ejemplo, sucedió con Barquisimeto, Venezuela, que en 1940 todavía mostraba el desarrollo casi perfecto de la retícula, pero esta fue luego abandonada a partir de la segunda mitad del siglo xx en casi todas las ciudades hispanoamericanas, por la falta de autoridad tanto en la orientación ordenada de las ocupaciones espontáneas del suelo urbano que han dado origen a las amplias áreas marginales de las ciudades sin regularidad alguna, como en el proceso de urbanización desarrollado exclusivamente por privados, que han abandonado la forma regular. Una excepción, hasta cierto punto, ha sido la ciudad de Buenos Aires, debido en parte a lo plano de la topografía del terreno que la circunda.

#### *D. Las plazas menores*

Dentro de la trama urbana, además de la regulación *in extenso* de la plaza mayor y de la forma regular de la malla reticular urbana mediante calles paralelas que se cruzan perpendiculares, las *Ordenanzas* establecieron el sistema de plazas menores diseminadas en la población, que permitieran un reparto apropiado de los vecinos y sus actividades.

En esta forma se precisaba que a cierta distancia de la plaza mayor, se debían ir dejando plazas menores, donde se pudieran edificar los templos de la iglesia mayor, parroquias y monasterios, de manera que todo se repartiese en buena proporción para la doctrina (Art. 118). El texto del artículo era así: «A trechos de la población se vayan formando plazas menores en buena proporción adonde se han de edificar los templos, de la iglesia mayor parroquias y monasterios de mana que todo se reparta en buena proporción por la doctrina».

En esta forma, además del *centro* de la ciudad en la plaza mayor, se buscaba que como sistema de crecimiento de la ciudad se repitiera el esquema a medida que esta creciera, ubicando otros centros menores, que a la vez sirvieran de «parroquias» con su plaza menor y templo correspondiente.

En el plano elaborado para la edificación de la Nueva ciudad de Guatemala en 1776, después del terremoto que destruyó en gran parte la Antigua Guatemala, se estableció a la perfección el sistema de plazas menores en una forma que recuerda la expresión de la ciudad de Eiximenis. Por otra parte, dicho trazado es el de la actual ciudad de Mendoza, y de la ciudad de Chillán en Chile.

### **5. Las normas sobre edificaciones**

#### *A. El templo o iglesia mayor*

Las *Ordenanzas* regulaban con precisión la erección de los templos e iglesias. Para la iglesia mayor, parroquia o monasterio, después de que se señalasen calles y plazas, se les debían asignar inmediatamente solares, antes que a nadie, debiendo dejarse para ellos solos toda una cuadra, «ysla entera», para que ningún otro edificio los estorbase, sino tan solo los propios para sus comodidades y ornato (Art. 119). Un ejemplo de la ubicación de los templos o conventos en las diversas plazas, se puede apreciar en el caso de Quito.

#### *a. Los templos en poblaciones costeras*

En caso de que la población estuviese en la costa, la iglesia mayor se debía edificar en lugar visible desde la costa, que sirviera para la defensa del puerto (Art. 120).

En esta forma, en las ciudades costeras la iglesia debía flanquear el área del malecón del puerto y de la plaza mayor, siendo visible desde el mar. Este conjunto, por tanto, debía convertir esta zona en el centro de más importancia de la ciudad costera. Las necesidades de defensa de las ciudades costeras, sin embargo, desdibujaron la regla y la iglesia no siempre se



ubicó abierta al mar. El ejemplo del puerto de Santa Marta es significativo pues si bien tiene la plaza mayor abierta al mar, la Nueva Catedral se ubicó después unas cuadras adentro.

### *b. Los templos en poblaciones mediterráneas*

En los lugares mediterráneos, el templo no se debía ubicar en la plaza, sino distante de esta y aislado de otros edificios. Se debía edificar en alto, para que tuviera más ornato y autoridad, haciendo que a él se ingresase por gradas. Cerca del templo debía estar la plaza mayor y se debían levantar las casas reales del consejo, cabildo y aduana, no para que lo opacasen, sino para que lo resaltaren (artículo 124).

Esta disposición, a veces ha sido mal interpretada. En efecto, cuando el artículo 124 dice: «El templo en lugares mediterráneos no se ponga en la plaza sino distante della», lo que buscaba era evitar que el templo estuviese en medio de la plaza, aislado entre vías de circulación como sucedía en la mayoría de las ciudades medioevales y todavía sucede en la actualidad.

Por ello, en América, la iglesia principal está casi siempre ubicada a un costado de la plaza mayor, generalmente, en el costado este; siendo excepcional encontrar el templo ubicado en el área de la propia plaza rodeado de calles. En las ciudades fundadas en los primeros años de la conquista, sin embargo, para la ubicación de la plaza se siguió la experiencia medieval, y se situó en forma aislada en medio de la plaza, como ocurrió en Santo Domingo. En igual sentido, en las primeras fundaciones en la isla de Margarita, a partir de 1525, la iglesia se estableció en forma aislada, como sucede en la ciudad de La Asunción y en las otras ciudades de la isla, excepto Porlamar. Igualmente, en las dos primeras ciudades fundadas en Tierra Firme de la provincia de Venezuela, Coro y El Tocuyo, la iglesia se ubicó en forma aislada, al igual que sucedió con algunas iglesias de ciudades de la provincia de Nueva Andalucía, como Clarines.

En el resto, el templo está ubicado fuera de la plaza pero con la fachada dando a la misma, y generalmente, como se dijo, en la cuadra situada al este de la plaza cumpliendo la tradición canónica originada en la iglesia oriental.

En todo caso, al sitio del templo se debía adjudicar una cuadra entera, y por ello en el artículo 124 de las Ordenanzas se señalaba que el templo debía estar separado de los otros edificios, «que no sea tocante a él y que de todas partes sea visto porque se pueda ornar mejor y tenga más autoridad ase de procurar que sea algo levantado del suelo de manera que se aya de entrar en el por gradas».

Por ello, sobre todo en las ciudades capitales de provincia, la iglesia ocupaba una cuadra entera al este de la plaza mayor, como sucedió con Cartago, capital de la Provincia de Costa Rica, donde aún las ruinas de la enorme catedral se pueden apreciar.

### *B. Los edificios públicos*

Una vez señalado el lugar para el templo, se debía fijar el sitio para la casa real, la casa de concejo, el cabildo y la aduana. Esto se debía hacer junto al mismo templo y puerto, de manera que si llegase a haber necesidad, se pudieran apoyar los unos a los otros (Art. 121). Así ocurrió en todas las ciudades hispanoamericanas.

### *C. Los edificios de servicios públicos*

#### *a. En las poblaciones costeñas*

El hospital para pobres y enfermos de mal no contagioso se debía dejar junto al templo y por su claustro. Para los de enfermedad contagiosa el hospital se debía ubicar en parte donde ningún viento que pasase por ahí fuera a dar a la población, y de preferencia en lugar elevado (Art. 121).

Los sitios y solares para carnicería, pescadería, tenerías y otros oficios de los que producen inmundicias se debían situar en lugares que con facilidad se pudieran conservar limpios (Art. 122).

#### *b. Las poblaciones interiores*

En las poblaciones interiores, el hospital de no contagiosos se debía edificar en el claustro del templo; y el de contagiosos a la parte del cierzo —viento septentrional— que diese al mediodía (en la parte norte, para que goce del sur) (Art. 124).

La misma planta se debía aplicar a los demás lugares interiores que de nuevo se fuesen a poblar, aunque no estuvieren a la orilla de algún río (Art. 125).

### *D. El uso de los solares*

En la plaza mayor no se debían asignar solares a los particulares, sino solo a la iglesia y casas reales, edificios propios de la ciudad y comercios. Esto debía ser lo primero que se debía edificar, y en ello debían ayudar todos los pobladores; para ello se autorizaba a poner algún moderado impuesto sobre las mercancías (Art. 126). El resto de los solares se debía repartir entre los pobladores.

Como puede apreciarse del texto y contenido de las *Ordenanzas* de 1573, la operación de poblar en América no se hizo por casualidad ni en forma espontánea. Fue, ante todo, un proceso ordenado jurídicamente, porque como se ha dicho, el poblamiento fue el instrumento o título jurídico para afirmar el dominio de la Corona sobre el territorio y, además, el mecanismo para precisar el término de la jurisdicción que abarcaba cada Capitulación.

## **QUINTA PARTE: SOBRE CUÁNDO Y EN QUÉ SECUENCIA SE IMPLANTÓ EL MODELO URBANO DE LA CIUDAD COLONIAL EN EL VIRREINATO DEL PERÚ**

Y la *quinta pregunta* se relaciona con cuándo y en qué secuencia se implantó el modelo urbano en el Virreinato del Perú. Este modelo se implantó en un continuo proceso de poblamiento que se desarrolló desde las primeras fundaciones de ciudades a partir de 1532 con la fundación de la ciudad de San Miguel de Piura cuando llegó Francisco Pizarro al reino de los Incas, en lo que luego sería el Reino de Quito, hasta la conquista unas décadas después de la provincia de Nueva Extremadura en Chile.

## I. LA COMPAÑÍA PARA LA CONQUISTA DEL PERÚ

Con el descubrimiento del Mar del Sur en 1513, puede decirse que al Nuevo Mundo al que ya habían descubierto los españoles en el mar del Norte o mar Caribe, se añadiría uno nuevo, el del mar del Sur u océano Pacífico; y la fundación de Panamá en 1519, haría de esa ciudad el centro de operaciones para su conquista. Fue entonces bajo el gobierno de Pedrarias Dávila cuando se comenzaron a adelantar expediciones por las costas del Pacífico, tanto hacia el poniente, hacia las costas de Nicaragua, como hacia el levante, hacia el país del Birú.

Las noticias más concretas sobre este vasto y populoso país situado hacia el sur por la línea ecuatorial y en las montañas, pero cerca del mar, las había llevado a Panamá, Pascual de Andragoya, quien estuvo al servicio de Pedrarias, y luego escribiría la *Relación de los sucesos ocurridos durante la Gobernación de Pedrarias d'Avila*. Para 1522 Andragoya ya había recorrido las costas desde Panamá hasta el río San Juan, cerca de la bahía de Buenaventura en Colombia, y si bien no había encontrado nada que pudiera interesar a quienes buscaban oro y plata, sí había recibido noticias, y muchas, de parte de los indígenas que encontró, sobre reinos poderosos y riquísimos en las montañas.

En Panamá se encontraban, entre tantos los colonos que habían llegado con Pedrarias, Diego de Almagro y sus compadres Francisco Pizarro y Sebastián de Belalcázar, quienes eran padrinos de su hijo mestizo, Almagro el Mozo, quien décadas después sería el primer hombre nacido en América que se alzaría contra el Rey. También estaba Fernando de Luque, sacerdote y socio de aquellos, y Gaspar de Espinosa, el alcalde que había juzgado a Balboa. Pizarro había llegado al Darien con Alonso de Hojeda en 1510, y había estado con Núñez de Balboa en el descubrimiento del Mar del Sur. Bajo las órdenes de Pedrarias sería quien aprehendería a Balboa en 1519 y luego acompañaría a Pedrarias en el traslado de la capital de Castilla del Oro hacia Panamá. Belalcázar, por su parte, había participado con Hernández de Córdoba en la conquista de Nicaragua.

Entre Pizarro, Almagro y Luque se establecería un vínculo personal y económico que luego continuaría en la conquista del Perú, la cual emprendieron a partir de 1524 con licencia de Pedrarias; vínculo que se materializó en una Carta de compañía hecha «para siempre jamás» que firmaron en Panamá, el 10 de marzo de 1526.

Luque se quedaría en Panamá atendiendo los negocios comunes, y Pizarro y Almagro zarparían en diciembre de 1524, en lo que sería el inicio de cuatro largos años de penosos y ruinosos viajes y regresos que, en aproximaciones sucesivas, gracias al financiamiento final de Espinosa, los llevaría por la costa de Colombia y de Ecuador, hasta el Perú.

## II. EL POBLAMIENTO DE LA PROVINCIA DE LIMA

### 1. El inicio del poblamiento en el país de los Incas

Fue Bartolomé Ruiz, enviado por Pizarro, quien cruzó primero la línea ecuatorial en el Pacífico, llamando a la costa ecuatoriana como de las Esmeraldas y constatando, más al sur,

signos de la existencia de culturas indígenas avanzadas. Pizarro, por supuesto, a pesar de la orden que había dado el nuevo gobernador de Panamá, Pedro de los Ríos, de detener la empresa, llegó hasta el golfo de Huancavilas (Guayaquil), desembarcando cerca de la isla de Santa Clara en la entrada de la bahía de Tumbes, cerca de la ciudad del mismo nombre que era parte del Imperio incaico, confirmando entonces todo lo que se habían imaginado sobre la riqueza y grandiosidad de lo que estaban por conquistar.

Debieron haber visto, además, la magnificencia del Chimborazo y del Cotopaxi. En el recorrido por la costa hacia el sur, Pizarro incluso pasó por el sitio donde años después fundaría la ciudad de Trujillo. Pero la necesidad de obtener los títulos necesarios para la conquista hizo que Pizarro regresara a Panamá, incluso con algunos indios, entre ellos Felipillo quien luego le serviría de intérprete en su empresa. Desde Nombre de Dios, Pizarro partió en 1528 a España, para llegar a Toledo, donde el 26 de julio de 1529 el Emperador le otorgaría Capitulación nombrándolo Gobernador, Capitán General, Adelantado y Alguacil Mayor del Perú. El Rey también nombraría a Almagro como gobernador de Tumbes, de lo cual este se resentiría por el trato desigual que pensó había recibido en una empresa que estimaba era común; y designó a de Luque como obispo de Tumbes y Protector de los Indios del Perú. Pizarro, después de pasar por su ciudad natal de Trujillo, en 1530 regresó a Panamá con sus hermanos Hernando, Juan, Gonzalo y Francisco Martín de Alcántara y su primo Pedro Pizarro, y en enero de 1531 zarparía hacia el Perú, quedándose Almagro para organizar las reservas.

Los expedicionarios desembarcaron en la bahía de San Mateo situada algo más al norte de la línea del Ecuador, y siguieron rumbo al sur, por tierra, pasando por el golfo de Guayaquil hasta llegar a la isla de Puna en la desembocadura del río Tumbes. En la travesía se les había unido Sebastián de Belalcázar.

En los meses de estadía en esos parajes de la costa, Pizarro tuvo que luchar contra los indios de Puna, y recibió refuerzos comandados por Hernando de Soto, quien ya había participado en la conquista de Nicaragua y luego sería el descubridor del Misisipí.

Los conquistadores, además, habían tomado conocimiento por parte de los indios de Tumbes de la guerra civil que se estaba desarrollando en el imperio incaico, entre el inca Atahualpa, quien había reinado en Quito, y el Inca Huáscar, quien también había reinado en Cusco, ambos hijos del Inca Huayna Cápac, quién había fallecido en Quito solo diez años antes de la llegada de los españoles a esas tierras. Antes de su muerte, el Inca había decidido dividir su Imperio entre sus dos hijos, quienes durante cinco años habrían reinado sin problemas territoriales entre ellos. Estos, sin embargo, surgieron respecto del territorio de Tumbes, y de allí resultó una rivalidad irreconciliable y la guerra de la cual, en 1523, resultarían triunfantes las fuerzas de Atahualpa. Este tuvo conocimiento de la captura de Huáscar estando en la ciudad de Cajamarca, donde había acampado con su ejército. Estos hechos ocurrirían solo unos meses antes de que los españoles hubieran desembarcado en la costa.

Enterados los españoles de que Atahualpa se encontraba en la ciudad de Cajamarca, concibieron la idea de apoderarse del Inca conforme a la estratagema que doce años antes había dado tan buenos resultados a Cortés con Moctezuma.

### *B. El poblamiento en la costa*

Pizarro prosiguió por la costa hacia el sur hasta la desembocadura del río Chira y en el valle del mismo nombre, en el sitio de Tangarala, en la ribera del río Piura, en 1532 fundaría la ciudad de San Miguel de Piura, «según las reglas, con la plaza central», siendo la primera población establecida por los españoles en esos reinos. La ciudad, situada en la ribera del río, presenta una traza urbana reticular, con su plaza de armas y la iglesia Catedral con su inmensa fachada, al este de la plaza. Luego de su fundación, en ella quedaría Sebastián de Belalcázar, como Teniente de gobernador.

En la costa, y como puerto de la ciudad de Piura, se asentaría el puerto de Paita, en el sitio donde había desembarcado Pizarro en su segundo viaje a esas tierras. Posteriormente, la ciudad de Tumbes, la cual Pizarro consideraba como la ciudad llave del imperio, se transformaría en ciudad española, montada sobre la indígena con una forma urbana regular de la cual se destaca la gran Plaza de Armas cerca del río, con la catedral al norte de la misma.

### *C. En procura de Atahualpa en Cajamarca*

El 23 de septiembre de 1532, Pizarro inició camino hacia el interior del territorio con 177 hombres entre los cuales había 67 de caballería, cuando ya habían pasado siete años desde que había iniciado la empresa. Atravesó el desierto de Sechura y cuando escalaba la cordillera occidental fue que recibió embajadores de Atahualpa, así como la información que le daría Hernando de Soto, después de alguna de sus avanzadas, sobre el enorme ejército de Atahualpa que estaba acampado cerca de Cajamarca.

El 15 noviembre del mismo año, los españoles llegaron a la ciudad de Cajamarca, la cual había sido desocupada por órdenes de Atahualpa para recibirlos. Pizarro envió a Hernando de Soto y a su hermano Hernando, con hombres de caballería, hasta el campamento de Atahualpa, quien anunció que al día siguiente visitaría a Pizarro en la ciudad. Durante la misma noche, en consejo de oficiales, Pizarro expuso entonces su plan de emboscar a Atahualpa cuando visitara la ciudad, y de hacerlo preso ante su propio ejército desarmado. Al día siguiente, el 16 de noviembre de 1532, en efecto, en la enorme plaza de Cajamarca y como había sido planeado, se produjo la sangrienta emboscada al Inca Atahualpa, a quien apresaron. Nunca se sabrá si los españoles tenían alguna otra alternativa para evitar una muerte segura, dada la magnitud de un ejército de varios miles de guerreros a los cuales unos pocos hombres jamás hubieran podido enfrentar.

En febrero de 1533, por su parte, Diego de Almagro llegaba de Panamá y haría su entrada a Cajamarca con los esperados refuerzos y para reclamar también su parte en el botín que resultare de la empresa.

Meses después, el 29 de agosto de 1533, Atahualpa sería alevosamente ajusticiado, acusado de traición, y a pesar de haber satisfecho todos los requerimientos en oro que se le habían hecho, que condujeron, como lo indica la tradición, a llenar de objetos del precioso metal un aposento entero hasta donde llegan las manos alzadas de un hombre. La

ejecución de Atahualpa ocurrió incluso antes de que Hernando de Soto, quien había sido enviado por Pizarro para verificar la veracidad de las noticias recibidas sobre supuestos preparativos de un asalto a Cajamarca por los ejércitos del Inca, pudiera informar sobre lo infundado de la acusación. Antes de la muerte de Atahualpa, por otra parte, y ante la amenaza de que su hermano Huáscar pudiera escapar de su prisión y llegar a algún acuerdo con Pizarro en su contra, aquel ordenaría su muerte.

En todo caso, en la recolección del rescate que se había exigido para liberar a Atahualpa, también habían participado los españoles, quienes recorrieron buena parte del reino hasta Cusco y Pachacamac, en la búsqueda de objetos de oro y plata. Almagro y su gente, por supuesto, disputaron su participación en el reparto del tesoro-rescate del Inca; y del botín amasado por «los de Cajamarca», Hernando Pizarro fue el encargado de llevar a España el quinto que correspondía a la Corona.

La Cajamarca incaica fue destruida y sobre sus ruinas se diseñó la ciudad española del mismo nombre, con una Plaza de Armas semicircular, ubicada en el mismo sitio de la que sirvió para la captura de Atahualpa, pero de menor escala. La Catedral se construyó al oeste de la plaza, la cual, además presenta la característica de que le llegan tres calles paralelas por los lados este, sur y oeste.

Con la muerte del Inca Atahualpa y poco antes, con la muerte de su hermanastro Huáscar, la conquista del Imperio se desarrollaría en una forma relativamente fácil; no así la consolidación de lo conquistado, lo cual fue difícil por la codicia de los conquistadores y por las sucesivas guerras civiles que se produjeron entre los bandos españoles. Pizarro, en todo caso, procuró llenar la vacante del trono Inca proponiendo a los nobles Incas la designación de Toparca, quien era un joven hermano de Atahualpa, como el futuro Inca, cuando en realidad el heredero debió haber sido Manco Cápac, quien era un hermano de Huáscar.

#### D. La capital del Imperio y sus traslados: Cusco y Lima

Pizarro prosiguió al sur desde Cajamarca, atravesando el altiplano central del Perú hasta llegar al valle de Jauja, donde fundó la ciudad del mismo nombre, la cual luego, el 6 de enero de 1535, se trasladaría hacia la costa, cerca del puerto del Callao, en el valle de Rímac y a orillas del río del mismo nombre, con el nombre de Ciudad de los Reyes (Lima), llamada así en honor de la fiesta de la Epifanía.

En Jauja murió el joven Inca Toparca, y allí mismo Pizarro recibió la visita del joven príncipe Manco Cápac. Con Hernando de Soto en la avanzada, Pizarro se dirigió hacia la ciudad imperial del Cusco haciéndose acompañar por Manco Cápac, donde entró el 15 de noviembre de 1533, al año de haber llegado a Cajamarca. Allí estableció entonces, el 23 de marzo de 1534, autoridades españolas mediante un acto fundacional de la nueva ciudad con el que se efectuó su toma de posesión, ubicándose el sitio de la plaza mayor y realizándose la traza de la ciudad sobre la indígena, cuya plaza se dividió en dos.

El centro de la vida social y política del Cusco estaba ubicado en una enorme plaza (Huacaypata-Cusipata) que contaba con una gran superficie que abarcaba la actual Plaza de Armas, en cuyo lado este está la Catedral, y la de la Plaza de Nuestra Señora de la Merced (Plaza Regocijo). La Catedral, además, está flanqueada por dos otras iglesias, la de El Triunfo, a la derecha, que data de 1536, siendo la más antigua del Cusco, y la iglesia de Jesús María, a la izquierda. En el Cusco también se destacan las edificaciones de los Conventos de San Francisco y de Santa Clara del siglo XVI y la del Colegio e iglesia de la Compañía de Jesús; asimismo, las de los Conventos de Santo Domingo y de La Misericordia.

Pizarro convirtió al Cusco, ciudad a la cual denominó La Gran Ciudad de Cusco, en la capital de la gobernación la cual una década después se trasladaría a Lima. La ciudad, la cual había sido la capital del imperio de los Incas, al igual que Cholula, también se ha considerado como el centro poblado con habitación continua más antiguo del continente americano. En Cusco, además, Pizarro instalaría a Manco Cápac como Inca bajo su control. La ciudad había sido el centro del Imperio hasta el fallecimiento del Inca Huayna Cápac en 1522, cuando el Imperio quedaría dividido entre sus dos hijos, ubicándose la capital de su parte norte en Quito, a cargo del Inca Atahualpa, y la de la parte sur, en el Cusco, a cargo del Inca Huáscar.

La grandiosidad de la ciudad condujo a que en la *Civitates orbis terrarum* de G. Braun y F. Hogenberg publicado en 1572, junto con el de Ciudad de México también se haya publicado el grabado de la ciudad de Cusco, como *Cusco Regni Peru In Novo Orbe Caiut*, con una traza ortogonal, diseñada sobre la de la ciudad original. En el libro de Felipe Guzmán Poma de Ayala, *Nueva Crónica y Buen Gobierno*, además, el dibujo con la descripción del Cusco es quizá de las más precisas, dominada por las dos plazas y las divisiones de la ciudad.

Durante su permanencia en Cusco, Pizarro tuvo que enfrentar levantamientos de las fuerzas de uno de los comandantes de Atahualpa, Quizquiz, con soldados del reino de Quito; y asimismo, tuvo que hacer frente a la tentativa de Pedro de Alvarado, Capitán General de Guatemala, de conquistar precisamente el reino de Quito.

La ubicación de Cusco ciertamente no era la propicia para el establecimiento de la capital de la provincia, la cual requería de una comunicación más eficaz con el mar. Por ello, Pizarro decidió trasladar la capital desde Jauja hasta el valle del río Rímac cerca de la costa, estableciendo el 6 de enero de 1535 la Ciudad de los Reyes, así llamada por la fiesta de la Epifanía, la cual sin embargo se denominó como Lima, por deformación del nombre indígena de Rímac.

La planta de la ciudad de Lima establecida con forma triangular con su base hacia el río, tiene una traza que respondió a un modelo cuadrangular, con calles paralelas y manzanas iguales, ubicándose la plaza en una de ellas, cerca del río. Pizarro hizo mención a la traza en el Acta fundacional de la ciudad, al señalar que «repartió los solares a los vezinos del dicho pueblo segud parecera por la traça de la dicha çibdad se hizo». La catedral se ubicó al este de la plaza.

Fue la capital del Virreinato del Perú, sede de la Real Audiencia y de la Inquisición, y en ella se estableció desde 1551 la Universidad de San Marcos. En la ciudad se edificaron en el siglo XVI, los Conventos de Santo Domingo, San Agustín, La Misericordia y San Francisco. La ciudad, diseñada originalmente en forma abierta hacia el valle, a partir de 1685 fue cerrada con una muralla con 34 baluartes ubicados a todo su largo. En 1746 fue parcialmente destruida por un terremoto.

El puerto de la Ciudad de los Reyes se estableció en el Callao cerca de la desembocadura del río Rímac en el océano Pacífico. Como en todos los puertos coloniales, la plaza de la ciudad se diseñó abierta al mar. En el Camino Real entre Lima y Callao se fundaría, además, el pueblo de Bellavista, también con una traza reticular.

## 2. Las dificultades del poblamiento y las guerras civiles

Francisco Pizarro se instaló en Lima en 1535, donde como se dijo, había trasladado la capital de su gobierno. Desde allí, hacia el norte, cerca del litoral y de la ciudad indígena de Chimú capital de Chan-Chan, en el mismo año 1535 mandó a fundar a orillas del río Moche, en el sitio que ya había determinado Almagro, la ciudad de Trujillo, así llamada en razón de su pueblo natal. Trujillo tiene una traza reticular, con la plaza en el centro y la Catedral al este de la plaza. A finales del siglo XVII fue rodeada de una muralla trazada con forma ovalada, con quince lados iguales e igual número de baluartes a todo su largo. La muralla corría por lo que es la actual avenida España que circunvala el centro de la ciudad. Más al norte de Trujillo, en la costa, se fundó la ciudad de Chiclayo; así como el pueblo de Lambayeque.

### A. Los títulos de las provincias de Nueva Castilla y Nueva Toledo y la expedición a Chile

Desde Lima, Pizarro envió a Almagro a controlar el Cusco, donde sería recibido por los hermanos Juan y Gonzalo Pizarro, quienes le entregaron el gobierno de la ciudad. Pizarro también le había encomendado iniciar la conquista de los territorios al sur, hacia Chile, pues ya sabía que Pedro de Mendoza había sido designado Adelantado del Río de la Plata mediante Capitulación que le había sido otorgada el 21 de mayo de 1534, y era necesario detener cualquier intento de avance que pudiera pretender hacer hacia el oeste.

Posteriormente, Hernando Pizarro llegaría a Lima de regreso de España, donde el Emperador ratificaría los títulos de Pizarro extendiendo incluso el ámbito de su gobernación hacia el sur, denominándola como Nueva Castilla, otorgándole además el título de Marqués de los Atavillos, el cual usó. Pero además, esta vez el Mariscal Diego de Almagro también sería recompensado por sus servicios al Imperio, y mediante sus agentes, quienes también habían viajado con Hernando Pizarro, había obtenido Capitulación el mismo día 21 de mayo de 1534, para conquistar el territorio que quedaba al sur del que correspondió a Pizarro, denominado Nueva Toledo. Almagro entonces pudo viajar al sur con sus propios títulos, con los que además, pretendería jurisdicción en el Cusco mismo.

En efecto, Hernando Pizarro había llegado de España al puerto de Nombre de Dios en la que quizá había sido la mayor flota que para ese momento había llegado a América;



mayor que la de Ovando en 1502 y que la de Pedrarias en 1513. Tuvo sin embargo dificultades en atravesar el Istmo, lo que no impidió que alguno de los agentes de Almagro llegara primero al Perú y le informaran de la Capitulación que le había otorgado el Emperador. De ella dedujo que la ciudad de Cusco quedaba en la jurisdicción de su nueva gobernación de Nueva Toledo.

Con las mismas noticias recibidas y ante el temor de que Almagro asumiera la gobernación del Cusco como suya, Pizarro entonces ordenó a sus hermanos que reasumieran dicha gobernación, lo que originó una situación altamente conflictiva con la gente de Almagro, la cual solo la presencia de Francisco Pizarro en el Cusco podía contener. Y así fue, de manera que incluso hubo que recurrir a la firma de un contrato solemne y notariado entre los dos socios, el cual otorgaron el 12 de julio de 1535, con el objeto de arreglar sus diferencias.

Como consecuencia del pacto suscrito en el mismo año 1535, Almagro pudo partir hacia el sur por el camino incaico, a través de la costa occidental del Lago Titicaca, atravesando el helado altiplano boliviano por la meseta del Collao y la provincia de Charcas. Los españoles bajaron por Turpiza al valle de Salta, en actual territorio de la Argentina, y luego, en marzo de 1536 pasaron la Cordillera hacia el Pacífico por el paso de San Francisco, hasta legar al valle del río Copiapó, en la parte norte de lo que hoy es Chile. Recorriendo más de dos mil kilómetros del litoral chileno, llegaron hasta el valle del río Aconcagua. Desde allí, Almagro adelantó expediciones de reconocimiento: Juan de Saavedra, exploraría la zona del Maipó y llegaría a un puerto natural que bautizaron como Valparaíso; y Gómez de Alvarado llegaría hasta el río Mapocho. Sin embargo, no encontraron riqueza alguna de interés ni fundaron pueblo alguno. Emprendiendo el regreso al Perú por la ruta del desierto, por la costa, luego de que Almagro recibiera noticias sobre la sublevación de los indios en el Cusco de donde había huido el Inca Manco Cápac, y de la ocupación del Cusco por los Pizarro. La expedición, en todo caso, fue el prólogo de la conquista de Chile que se realizaría tres años más tarde por Pedro de Valdivia, el Mariscal de campo que vencería precisamente a Almagro en su guerra contra Pizarro.

#### B. La lucha por el control del Cusco y el inicio de la guerra civil

Durante la ausencia de Almagro, en efecto, en el Cusco y motivado en gran parte por las desavenencias entre los españoles, el Inca Manco Cápac había podido huir de la ciudad. Sin embargo, al poco tiempo fue capturado y hecho prisionero. Hernando Pizarro había entonces llegado a Lima, desde donde sería despachado por el Marqués para que asumiera el gobierno de la antigua capital. Su avaricia lo llevó a aflojar el control sobre el Inca Manco, quien de nuevo escapó para comandar la más grande de las rebeliones indígenas que se produjeron en el Perú, la cual condujo al sitio del Cusco a partir de febrero de 1536, así como de otras ciudades en medio de encarnizadas batallas.

Almagro tuvo conocimiento de estos hechos en Arequipa, luego de haber atravesado el desierto de Atacama, de regreso de su expedición al sur. Trató de entrevistarse con el Inca pero de ello lo que resultó fue una batalla. Los Pizarros sabían de las pretensiones de Almagro sobre el Cusco, por lo que desde Lima, Pizarro había enviado una tropa al mando

de Alonso de Alvarado para enfrentarlo. Almagro, en definitiva, asaltó la ciudad el 8 de abril de 1537 y apoderándose del gobierno apresó a los hermanos Pizarro. Se enfrentó con Alvarado, vencíéndolo. De todos estos hechos se enteró Francisco Pizarro cuando marchaba desde Lima hacia el Cusco, lo que lo obligó a devolverse para establecer la defensa de la capital. Envió una embajada al Cusco al mando de Gaspar de Espinoza, quien recién había llegado de Panamá, para negociar con Almagro. Espinoza, a su vez, había obtenido Capitulación para poblar las tierras al norte desde la gobernación concedida a Pizarro hasta el río San Juan. Las pretensiones de Almagro ahora no solo eran sobre Cusco, sino sobre Lima, lo que en definitiva se configuró como el preludio de la guerra civil, sobre todo luego de que las negociaciones finalizaron por la muerte de Espinoza.

La declaración de la guerra civil se efectuó con la decisión de Almagro de marchar hacia Lima a disputar la autoridad de Pizarro. En el litoral, cerca de Lima, en Chinca, incluso Almagro fundaría una villa con su propio nombre. Después de un año de guerras, el epílogo de esta primera fase de la guerra civil se produjo en la llanura de Las Salinas, donde el 26 de abril de 1538 se enfrentaron los dos ejércitos, batalla de la cual Almagro, quien la presencié enfermo desde una litera, salió vencido y condenado a muerte por orden de Hernando Pizarro. Pedro de Valdivia, el futuro conquistador de Chile, había sido el principal soporte de Gonzalo Pizarro en la batalla.

### C. Las penurias del proceso de ocupación del territorio en la provincia de Nueva Castilla

A su muerte, Diego de Almagro, el Mariscal, había dejado a su hijo Almagro el Mozo como su heredero, particularmente de la provincia de Nueva Toledo, cuya demarcación con la provincia de Pizarro había sido el origen de las hostilidades. Hernando Pizarro volvería a España para informar de lo acontecido, pero a su vez sería hecho prisionero en la Península por el asesinato de Almagro, permaneciendo en la prisión de Medina del Campo por veinte años largos, hasta 1560.

Con posterioridad, Alonso de Alvarado, quien había sido enviado por Francisco Pizarro hacia el este de Cajamarca, en 1538 fundaría la ciudad de San Juan de la Frontera de Chachapoyas, actual capital del Departamento de Amazonas. La ciudad presenta un trazado cuadrangular, con la plaza mayor en el centro y la iglesia al norte de la plaza. Allí recolectó entonces noticias sobre el país de El Dorado, el cual se situaba hacia el río Marañón, donde no pudieron penetrar por las montañas, ríos y pantanos que se interponían. Entre los pueblos que después se establecerían en la provincia puede mencionarse a San Teodoro de Colla.

Luego de la victoria de Las Salinas, Francisco Pizarro quien había salido de Lima hacia el Cusco, se encontró en el sitio de la ciudad de Jauja a Diego de Almagro el Mozo, sin aún saber la suerte que había corrido su padre a manos de su hermano Hernando. Poco tiempo después, en 1541, Francisco Pizarro moriría precisamente a manos de la gente de Almagro el Mozo, quien reclamando el gobierno de la Provincia de Nueva Toledo se proclamaría gobernador del Perú, ocupando el Cusco. Se trató de la primera rebelión que se produciría en el Nuevo Mundo encabezada por un mestizo contra la autoridad imperial.

Pero antes de esos acontecimientos, en 1535 y para asegurar la ocupación del territorio entre Cusco y Lima, Francisco Pizarro había mandado a fundar la ciudad de Huamanga, hoy Ayacucho. La ciudad tiene una forma cuadrangular, con la plaza de armas al centro y la Catedral al este de la plaza.

Cerca de Ayacucho se destaca el pueblo de Huancavelica, que tuvo su origen en la reducción de indios que se comenzó en 1564 para trabajar en los famosos yacimientos del lugar que permitían la obtención de mercurio necesario para la extracción de la plata. El pueblo actual, como Villa Rica de Oropeza de Huancavelica situado en la ribera del río Ichu, se fundó en 1571. Más al norte de Huancavelica, está la población de Huancayo, no lejos de Jauja; y al norte de esta, la ciudad de Tarma. Todavía más al norte, en la ribera del río Huallaga está la población de Huánuco.

El 15 de agosto de 1540, además, se fundó la Villa de la Asunción de Nuestra Señora del valle hermoso de Arequipa, tal como fue bautizada el 15 de agosto de 1540 por el Teniente de Gobernador de Francisco Pizarro, Garci Manuel de Carbajal, un extremeño de Placencia, como tantos hombres de Extremadura que vinieron a estas tierras americanas. La Ciudad Blanca fue fundada hacia el sur, en la ribera del río Chili, accesible desde el litoral y al pie del volcán El Misti, la cual, en 1600 sería totalmente destruida por un terremoto. Ha sido sucesivamente reconstruida, conservando su traza regular en el centro, con la plaza ubicada en el centro de la trama urbana, y la Catedral al norte de la plaza. No lejos de Arequipa se establecieron los pueblos de Characato y Chivata.

Pero además de enfrentar las secuelas de la guerra civil, Pizarro tuvo que enfrentar las pretensiones independentistas de Belalcázar, hacia el norte de Quito. Este, después de haber fundado Popayán y Cali, y participado en la fundación de Bogotá, en 1539 había marchado a España para dirimir los derechos sobre el país de los Muiscas, de donde regresó con Capitulación otorgada el 30 de mayo de 1540 como gobernador de la provincia de Popayán.

Por otra parte, la necesidad de consolidar su gobernación llevó a Pizarro a encomendar a su hermano Gonzalo el comando de las tropas en la región de Charcas, Alto Perú, en lo que es hoy Bolivia, donde Pedro de Anzures, en 1539, fundaría la Villa de La Plata, actual Sucre, con una forma urbana casi cuadrangular. En 1561 la ciudad fue sede de la Real Audiencia de Charcas.

Francisco Pizarro también comisionaría a su hermano Gonzalo para enfrentar al Inca Manco Cápac, siempre en rebeldía; habiendo sido designado en 1540, como gobernador de Quito. Sería entonces Gonzalo Pizarro quien iniciaría la penetración hacia el este, hacia el Amazonas, organizando la expedición que realizó a partir de 1541 desde Quito con Francisco de Orellana, la cual llevó a este último a navegar el río Amazonas aguas abajo, desembocando en el Atlántico y llegando hasta la isla de Cubagua el 11 de septiembre de 1542. Como consecuencia de su extraordinaria travesía obtendría, el 13 de febrero de 1544, la Capitulación para conquistar y poblar las tierras de la Nueva Andalucía, misión que por su prematura muerte no pudo realizar. En cuanto a Gonzalo Pizarro, este regresaría a Quito en junio de 1542 después de una penosa expedición

de cerca de dos años, para encontrar una provincia donde todo había cambiado, pues para ese momento ya su hermano el Marqués Francisco Pizarro había sido asesinado. Pizarro, por otra parte, también había enviado al sur a Pedro de Valdivia, para asegurar la conquista de Chile.

#### D. Los intentos de la Corona por controlar la guerra civil y pacificar la Provincia

Mientras todas estas acciones se realizaban, y durante la expedición y ausencia de Gonzalo Pizarro por el Amazonas, en España y ante los desórdenes civiles ocurridos en el Perú, se había tomado la determinación de enviar a la colonia al Licenciado Cristóbal Vaca de Castro de la Audiencia de Valladolid para, incluso, controlar el poder absoluto que había quedado en manos de Francisco Pizarro. Vaca de Castro llegó a América y una vez que atravesó el istmo de Panamá, tuvo que desembarcar en las costas del Pacífico, por Buena-ventura, siguiendo su ruta por tierra por la provincia de Popayán hacia el sur.

Los hombres del partido de los almagristas, o «los de Chile» como se los llamaba, pues muchos habían estado con Almagro en la expedición a sur, se habían reunido en Lima en torno a Almagro el Mozo, y como incluso ya estaba anunciado que podía ocurrir en un día cercano al de San Juan Bautista, el 26 de junio de 1541 le dieron muerte al Marqués Francisco Pizarro. Diego de Almagro se proclamaría entonces como gobernador del Perú, como heredero que era de su padre de la gobernación de Nueva Toledo, y como él, reclamaba sus derechos sobre esas tierras, lo que incluía Lima.

La contrarrevolución estalló de inmediato comandada por Alonso de Alvarado quien salía armado desde Chiachiapoyas, y fue quien daría la noticia a Cristóbal Vaca de Castro, quien venía avanzando desde Popayán. Al enterarse de la muerte de Pizarro y del alzamiento de Almagro, como estaba expresamente y con acierto previsto en su comisión, asumió entonces la gobernación del Perú.

Fue recibido por Gonzalo Pizarro en Quito a quien se uniría Sebastián de Belalcázar, aun cuando por cuestiones tácticas este hubo de regresar a Popayán. Vaca de Castro siguió rumbo por la costa, pasando por San Miguel de Piura y Trujillo, llegando al campamento de Alonso de Alvarado en Huaura. Vaca de Castro continuó entonces hasta Jauja donde recibió a Gonzalo Pizarro y siguió hasta Huamanga donde recibió a los enviados de Almagro. Después de algunos intentos de negociación entre las partes, dado que Almagro lo que pretendía era asegurar la posesión de su gobernación de Nueva Toledo, los ejércitos españoles se enfrentaron el 18 de septiembre de 1542. Almagro resultó vencido y condenado a muerte por Vaca de Castro, habiendo sido decapitado en el mismo lugar de la gran plaza de Cuzco, donde su padre había sido ejecutado cuatro años antes.

Correspondió al Gobernador Vaca de Castro iniciar la pacificación del país, para lo cual alentó expediciones desde el Cusco hacia el sur, por los valles de Salta, por el Chaco, las cuales llegaron hasta el Río de la Plata; pero no pudo ver concluidos sus esfuerzos, pues en 1543 con motivo de la creación de la Audiencia de Lima, sería nombrado como su Presidente, el Virrey Blasco Núñez de Vela. Este llegó a Lima en 1544, apresaría a Vaca de

Castro acusado de corrupción, quien posteriormente logró escapar hacia Panamá y luego hacia España, terminaría preso varios años en Simancas.

De nuevo en el Perú se sucederían violentos acontecimientos, entre ellos la muerte de Manco Inca a manos de una facción de almagristas, y luego, en 1545, la deposición del mismo Virrey Blasco Núñez de Vela quien progresivamente había sido aborrecido por los colonos e incluso por los jueces de la Audiencia, quienes lo apresaron, proclamando entonces a Gonzalo Pizarro como Gobernador de la Provincia y enviando al Virrey a España. No se olvide que fue a partir de 1542 cuando se habían dictado las Leyes Nuevas, las cuales abolían las encomiendas.

Gonzalo Pizarro persiguió a sus adversarios y materialmente anuló los poderes de la Real Audiencia. El Virrey, quien había llegado hasta Panamá, decidió regresar a la provincia, llegando a Tumbes en octubre de 1544 y marchando hacia Quito en el mismo mes de marzo de 1545 en que Gonzalo Pizarro avanzaba hacia Trujillo y San Miguel de Piura, para enfrentarlo. Cuando este llegó a Quito, el virrey huyó hacia Pasto en la gobernación de Popayán con el apoyo de Belalcázar. Los ejércitos finalmente se enfrentaron cerca de Quito, y Blasco Núñez de Vela resultó asesinado luego de haber sido herido en la batalla. Gonzalo Pizarro salió de Quito en julio de 1546, y pasando por Trujillo, llegó a Lima donde fue recibido como Libertador y Protector del pueblo.

Si bien Gonzalo Pizarro era entonces quien controlaba el poder, en España solo se percibía una crisis de gobernabilidad que ameritaba la búsqueda de una solución política por la muerte del primer Virrey del Perú. Para ello la Corona nombró un nuevo Virrey, esta vez a Pedro de La Gasca, lo que provocó nuevas divisiones en el Virreinato entre los que lo apoyaron y los seguidores de Gonzalo Pizarro. A La Gasca, por ejemplo, se unieron los ejércitos de Pedro de Valdivia, quien había regresado desde Chile, y de Sebastián de Belalcázar, quien venía de regreso de Popayán. En todo caso, luego de nuevos enfrentamientos entre españoles, el nuevo Virrey pudo vencer a Gonzalo Pizarro, quien a su vez también fue condenado a muerte y decapitado el 10 de abril de 1548.

En esta forma, de los cinco Pizarros que fueron al Perú desde Extremadura, cuatro habrían de morir violentamente, y Hernando, quien había regresado a España con un cuantioso tesoro, permanecería 20 años preso en el castillo La Mota, en Medina del Campo. Por otra parte, Pedro La Gasca habría de ser el único gobernante del Perú que hasta ese momento no había terminado su mandato violentamente, muerto o preso. Recuérdese, como se ha dicho, que el Inca Atahualpa había ordenado la muerte del Inca Huáscar, su hermanastro; que Francisco Pizarro y Almagro asesinaron a Atahualpa; que Pizarro y sus hermanos dieron muerte a Diego de Almagro; que el hijo de este, Diego de Almagro el Mozo, hizo matar a Francisco Pizarro; que el licenciado Vaca de Castro degolló a Diego de Almagro el Mozo; que Blasco Núñez de Vela apresó a Vaca de Castro; que Gonzalo Pizarro mató a Blasco Núñez; y que Pedro La Gasca ajustició a Gonzalo Pizarro.

El Perú, en todo caso, después de estos sucesivos acontecimientos que se produjeron en medio de una sangrienta guerra civil, puede decirse que se pacificó relativamente, pues las luchas entonces comenzarían entre los encomenderos por la aplicación de las *Nuevas*

*Leyes* de 1542. En 1550, por otra parte, Antonio de Mendoza, quien había sido Virrey de Nueva España, sería nombrado Virrey del Perú.

En todo caso, durante todos los conflictos señalados e incluso antes del desarrollo de la política de reducciones y establecimiento de pueblos de indios, en el litoral, al sur de Lima, se había fundado la villa de Ica, por Jerónimo Luis Cabrera, en 1563. La traza de la ciudad es reticular, con su plaza de armas en el centro y la catedral ubicada en la esquina sur oeste de la plaza.

Hacia el sur de Ica se fundaría la ciudad de Nazca, en la ribera del río Tierras Blancas y con un trazado regular; y en el extremo sur en la actual frontera con Chile, en 1555, se fundaría la villa de San Marcos de Arica, que sería el puerto de exportación de la plata que provenía de las minas de Potosí, en la provincia de Charcas, el Alto Perú, hoy Bolivia. La ciudad tiene una forma reticular con la plaza Colón abierta al mar, y la Iglesia al este de la plaza.

Al sur de Arica, en lo que es hoy Chile, en la región de Tarapacá, las encomiendas originaron muchos pueblos de indios, entre ellos, por ejemplo, San Lorenzo de Tarapacá, Codpa y Putre.

### 3. Las propuestas de poblamiento de Juan de Matienzo en 1567

Sería posteriormente, a partir de 1571, cuando la labor de poblamiento mediante reducciones y asentamientos de pueblos de indios, se desarrollaría intensamente bajo el gobierno del Virrey Francisco de Toledo, conforme a la Real Cédula que había recibido de 28 de diciembre de 1568, a los efectos de «la conversión, doctrina y costumbre y policía» de los indios. En esa labor de reducción y poblamiento que efectuaron los Visitadores designados por el Virrey, tuvo una importante influencia el libro del Licenciado Juan de Matienzo, quien era además Oidor de la Audiencia de Charcas, denominado *Gobierno del Perú*, escrito en 1567.

En particular, Matienzo formuló propuestas para la política reduccional en pueblos de indios, sugiriendo para estos el modelo urbano general que se había desarrollado en Hispanoamérica para los pueblos de españoles, indicando que «los pueblos se hagan por sus cuadras, y la plaza en medio» definiéndoles su traza como indicaba en el plano que incorporó a su libro. Dicho esquema, lo explicó así en su obra:

Ha de trazar el pueblo de esta manera por sus cuadras, y en cada cuadra cuatro solares, con sus calles anchas y la plaza en medio, todo de la medida que pareciere al visitador, conforme a la gente y la disposición de la tierra.

La iglesia esté en la cuadra que escogiere de la plaza, y tenga una cuadra entera, y la otra casa de enfrente ha de ser aposento para españoles pasaxeros, toda la cuadra, y lleve en la cuadra cuatro cuartos, con sus caballerizas y cubiertos de teja, con terrados encima de la casa, porque está más segura.

En un solar de la otra cuadra han de hacer casa de consexo, adonde se junten a juzgar y tratar de lo que conviene a la comunidad. En otro solar ha de haber hospital, y en otro, huertas y servicio de hospital. En el otro solar, corral de consexo.

En otro solar se ha de hacer casa del Corregidor, toda ella de texas. La casa del padre que los doctrinare ha de ser de dos solares, junto a la iglesia, de texa. Los demás solares de la plaza han de ser casas de españoles casados que quisieren vivir entre los indios, todas cubiertas de texa, o terrados, que estén seguras del fuego. A cada cacique se ha de dar una cuadra, o dos solares, conforme a la gente que tuviere. A cada indio se ha de dar un solar, o dos, conforme a la gente que tuviere; y ellos dos solares que estén detrás de la casa del Corregidor, se ha de hacer la casa del *tucuirico*, y la cárcel, adonde ha de haber dos cepos y cuatro pares de grillos y dos cadenas.

En el plano, en todo caso, se destaca la plaza cuadrada y abierta en el centro del poblado, con la iglesia a la derecha (este) de la misma y las demás casas principales en las cuerdas o manzanas contiguas a la plaza, y que formaban las calles que salían derechas desde la misma. Debe mencionarse que la palabra *tucuirico*, que identificaba a la persona cuya casa debía estar detrás de la del Corregidor, y que como lo explicaba el mismo Matienzo significaba quien *todo lo ve* debía «ser indio ladino, extranjero, y no de aquel repartimiento sino de otro bien lexos, para que no tenga deudo con los de aquel repartimiento, y no ha de estar mucho tiempo, por que no se haga con los caciques, y ellos lo sobornen para que calle sus tiranías».

### III. EL POBLAMIENTO DE LA PROVINCIA DEL REINO DE QUITO

#### 1. Las pretensiones del Gobernador de Guatemala y la fundación de Quito

Después de la fundación de Cusco el 23 de marzo de 1534, y tras las noticias recibidas en la ciudad sobre la llegada al sitio de Puerto Viejo, en el litoral ecuatoriano, de Pedro de Alvarado, Capitán General de Guatemala y quien tenía Capitulación para descubrir y conquistar tierras en el Mar del Sur; Pizarro enviaría a Diego de Almagro hacia el norte, hacia el Reino de Quito, para tratar de detener las pretensiones de aquel. Almagro, en ruta hacia San Miguel de Piura, por su parte, también tuvo conocimiento de que el gobernador que había quedado en dicha ciudad, Sebastián de Belalcázar, también había partido hacia el sitio de Quito con el mismo propósito de enfrentar a Alvarado.

Ambos conquistadores se encontrarían a mediados de 1534 en el sitio de Riobamba y el 15 de agosto de 1534 procederían a fundar a la carrera, el pueblo de Santiago de Quito, cerca de la actual ciudad de Sicalpa, de manera que cuando Alvarado llegara al lugar, se encontrase con una ciudad ya fundada por la gente de la gobernación de Pizarro, lo que implicaba que esas tierras ya formarían parte de dicha gobernación.

Y así fue. La ciudad, aun cuando todavía en el papel, ya había sido establecida formalmente antes de la llegada de Alvarado, lo cual se hizo constar en acta levantada por Escribano, donde se indicaban sus autoridades y término. Pero aun así, luego de la llegada de Alvarado siguió la necesaria negociación entre los conquistadores, pues entre otros aspectos, la hueste de Alvarado estaba compuesta por varios miles de indígenas guatemaltecos, que tendrían que quedarse en tierras del Perú, después del retiro de Alvarado. Se procedió así, a la refundación de la ciudad, esta vez en la falda este de

Volcán Pichincha, pero entonces con la participación de la hueste de Alvarado, quien renunciaría a proseguir su conquista.

El acto de refundación ocurrió unas semanas después, el 6 de diciembre de 1534, como San Francisco de Quito. La ciudad se situaría entonces sobre las ruinas de la milenaria ciudad de Quito, la cual había sido destruida por Rumitrahui, el general de Atahualpa que estaba a su cargo, para evitar que cayera en manos de los conquistadores. La traza de San Francisco de Quito es básicamente reticular, desarrollándose la trama urbana en torno a la plaza mayor, en cuyo lado sur se ubicó la Catedral. Cerca de la plaza está la iglesia de la Compañía de Jesús y en la trama urbana se destacan otras plazas menores, entre ellas, las de San Francisco y de Santo Domingo, donde están las iglesias y conventos del mismo nombre. Otros conventos importantes en la ciudad fueron los de San Agustín y La Misericordia. La ciudad, además, sería sede de la Audiencia de Quito.

## 2. El proceso de poblamiento de la provincia

Luego de la fundación de Quito, Belalcázar fue designado Teniente Gobernador y Almagro junto con Alvarado partieron a reunirse con Pizarro en Pachacamac. Sin embargo, para asegurar la jurisdicción sobre el territorio descubierto en la costa, Almagro mandó a Francisco Pacheco a fundar un pueblo en el litoral, y así se fundó Puerto Viejo, el 12 de marzo de 1535, en la ribera del río Portoviejo, cerca del sitio donde Alvarado había desembarcado. La traza de la ciudad es semireticular, con la plaza mayor (Parque Eloy Alfaro) en el centro, y en su lado norte, la Catedral.

En el extremo norte de Ecuador, se asentó la ciudad de Esmeraldas, en la desembocadura del río del mismo nombre, cerca del sitio donde por primera vez habrían desembarcado los españoles en las costas del Ecuador.

El mismo año de 1535 se fundó la villa de Guayaquil, a orillas del río Guayasó, la cual, por mandato de Francisco Pizarro en 1537 fue posteriormente refundada por Francisco de Orellana, el futuro descubridor del Amazonas, como Santiago de Guayaquil. La traza de la ciudad es reticular, con la plaza a tres cuadras del río Guayas, que está al este de la cuadrícula, estando la Catedral ubicada al oeste de la plaza.

En la provincia de Quito, y hacia el sur de la ciudad, posteriormente Alonso de Mercadillo, enviado por Gonzalo Pizarro, fundaría en la provincia de los indios paltas, en la ribera del río Zamora, el 8 de diciembre de 1548, la villa de Loja. Esta villa previamente había sido fundada por el mismo Mercadillo, no lejos del sitio, con el nombre de La Zarza. La traza urbana de Loja es cuadrangular, ubicándose la Catedral al este de la plaza que está en el centro de la trama urbana inicial. Desde Loja, el propio Alonso de Mercadillo, fundaría en 1549 las villas de Zamora y Zaruma, como pueblos mineros.

La villa de Santa Ana de los Ríos de Cuenca, en la ribera del río Tomebamba, sería fundada el 12 de abril de 1557 por Gil Ramírez Dávalos, gobernador de Quito, por órdenes del Virrey Andrés Hurtado de Mendoza, en la provincia de los cañaris. En las instruc-



ciones que le había dado Hurtado de Mendoza, le indicó que «visto y examinado el lugar más conveniente, se trazará el dicho pueblo [...] Y la traza de la dicha ciudad será por la orden que está hecha esta Ciudad de los Reyes, y en medio de ella se señalará una plaza que sea tan grande como la mitad de la Ciudad de los Reyes». Además, en la provisión del Virrey nombrado a Ramírez Dávalos como Guarda Mayor de la ciudad, aquel indicó: «El cual me ha enviado la traza de la dicha ciudad», la cual era y es cuadrangular, con la plaza mayor (Parque Calderón) en el centro, y la vieja Catedral al este de la plaza.

Posteriormente, por autoridad del Cabildo de Quito, el 9 de julio de 1575, se fundaría la ciudad de Riobamba por Antonio de Ribera y Ruy Díaz Fuenmayor, en el sitio donde se había efectuado la primera fundación de Santiago de Quito en 1534. La ciudad fue destruida en 1797 por un terremoto, razón por la cual fue trasladada a la meseta de Tapi, sitio que ocupa actualmente con un trazado perfectamente cuadrangular, como quedó expresado en el grabado de Poma de Ayala con la plaza mayor en el centro y la Catedral al este de la misma.

La última de las grandes ciudades serranas que se fundaron en la provincia de Quito, al norte, fue la villa de San Miguel de Ibarra, el 28 de septiembre de 1606, por Cristóbal de Troya, quien era uno de los regidores del Cabildo de Quito, y quien actuaba por órdenes del presidente de la Real Audiencia de Quito, Miguel de Ibarra. La traza de la ciudad es también cuadrangular, con la plaza mayor (parque Pedro Moncayo) en el centro y la Catedral situada al norte de la plaza.

En todo caso, a partir de 1570 mediante las reducciones de indígenas se inició su asentamiento en pueblos de indios, lo que caracterizó el poblamiento en el interior tanto de Ecuador como del Perú. Como ejemplo de tales pueblos, se destaca el pueblo de Otavalo, cerca de Quito, el cual tiene una forma de retícula, con la plaza mayor en el centro, y la iglesia al oeste de la plaza.

Por otra parte, desde Quito, y sin el debido conocimiento del gobernador Pizarro, Belalcázar había salido hacia el norte, hacia el reino de los Muiscas, y en su ruta, como se ha dicho, en 1536 fundó las ciudades de Popayán y Cali, llegando en 1538 a la sabana de Bogotá, donde participó junto con los adelantados Jiménez de Quesada y Federman en la refundación de Santa Fe de Bogotá.

Hacia el oriente, en las vertientes del Amazonas, en 1560 se fundaría la villa de Tena, a orillas del río del mismo nombre, con una forma urbana bastante irregular; y como misión, el pueblo de Archidona. En el sitio de la conjunción de los ríos Napo y Coca, se ubicó el puerto Coca también llamado Francisco de Orellana, por haber sido el lugar por donde pasó Orellana en 1542, en su ruta hacia el Amazonas. Más al sur de Tena, está la ciudad de Puyo.

Como también hemos señalado, en 1539 se fundaría la ciudad de Pasto, y en 1540 Belalcázar obtendría de la Corona el nombramiento de gobernador de Popayán. La Audiencia de Quito se estableció en 1563, pasando a formar parte de su jurisdicción, además, precisamente, todas las ciudades norteñas fundadas por autoridad de Belalcázar hasta Cali.

#### IV. EL POBLAMIENTO DE LA PROVINCIA DE CHARCAS

Durante su permanencia en el Cusco, entre 1538 y 1539, Gonzalo Pizarro había encargado de la Gobernación de Charcas a Diego de Rojas quien había sido uno de los que había llegado al Perú desde Guatemala, en la expedición de Pedro de Alvarado. Con Pedro de Anzures, fundó, en 1539, en el valle de Choque-Chaca, la ciudad de La Plata, nombrada luego como Chuquisaca o Charcas, la actual ciudad Sucre, así llamada en honor del Mariscal Antonio José de Sucre; en fin, la ciudad de los cuatro nombres.

Con la fundación de La Plata se aseguraba el dominio sobre las ricas minas que en la zona se habían descubierto. Fue la capital de la provincia de Charcas y la sede de la Real Audiencia que allí se estableció en 1559, la cual, hasta 1776 tendría jurisdicción en los territorios que hoy son de Paraguay, sur del Perú, Bolivia y norte de Argentina y Chile. La ciudad tiene una traza reticular, muy regular, con la plaza en el centro y la Catedral al oeste de la plaza. Desde el inicio, la trama urbana presentó diseminadas, varias plazuelas que fueron conformando la vida urbana.

En la provincia se estableció, además, en 1546, lo que luego sería la Villa Rica e Imperial de Potosí, al pie del Cerro Rico, uno de los yacimientos más ricos en plata que se descubrieron en el Perú, y que tuvo un desarrollo fundamental durante el gobierno del Virrey Toledo. La ciudad, originalmente establecida como un asentamiento desordenado de explotación minera, fue reordenada por disposición del Virrey Toledo. Presenta así una traza reticular en su centro histórico, con la plaza (plaza 10 de Noviembre) en el centro y la Catedral al norte de esta.

En el borde del altiplano, en el sitio de Leja cerca del Lago Titicaca, luego del descubrimiento de minas de oro en el río Choqueyapu, por orden del Virrey La Gasca, Alonso de Mendoza fundaría la ciudad de Nuestra Señora de La Paz, el 20 de octubre de 1548. Por lo frío del lugar, al poco tiempo hubo que mudarla al sitio actual en el valle del río Chuquiago, donde existía un pueblo de indios aimaras, lugar en el cual perduró de manera estable, al encontrarse en la ruta entre Potosí y el océano Pacífico. La ciudad de La Paz presenta en su centro histórico una traza reticular, con la plaza de armas (Plaza D. Murillo) en el centro, y la Catedral de dimensión impresionante, al sur de la misma. La reducción del pueblo de indios denominado San Pedro y Santiago quedó ubicada a la otra orilla del río.

En la zona del Lago Titicaca también se fundaría la villa de Copacabana por los Agustinos en 1586, donde está el famoso Santuario, y la ciudad de Puno, en 1668, cerca de la mina de plata conocida como Laykakota. Su traza urbana es irregular, y la Catedral edificada en forma aislada.

Más al este de la Paz, en 1574, Sebastián Barba de Padilla fundaría la villa de Oropesa, luego denominada Cochabamba. Se desarrolló conforme a una traza cuadrangular, con la plaza de armas (Plaza 14 de septiembre) en el centro y la iglesia Catedral ubicada al sur de la misma.

En la parte sur del Altiplano, también se fundaría en 1606 la villa de Oruro, cerca del Lago Uru Uru; y al extremo sur, se fundaría, el 4 de junio de 1574, por Luis de Fuentes y Vargas, la villa de Tupiza, y por el mismo de Fuentes, el 4 de julio del mismo año, la villa de San Bernardo de Tarija, la cual también tiene una traza cuadrangular con varias plazas ubicadas en el centro. La Catedral, sin embargo, no está en los costados de la plaza de armas (plaza Luis de Fuentes y Vargas), sino a una cuadra al oeste de esta, edificada en forma aislada.

Hacia la vertiente amazónica, pero en la zona de transición con las tierras altas, Nuflo de Chávez fundaría en 1561, la villa de Santa Cruz de la Sierra, en la región del Gran Chaco, aun cuando originalmente localizada a doscientos kilómetros de su actual ubicación, mudada por los ataques indígenas. La ciudad, ubicada en un extensísimo llano, tiene también una traza reticular, con la plaza de armas (plaza 24 de septiembre) en el centro, y la Basílica al sur de la misma. Más al norte de Santa Cruz de la Sierra, el 13 de junio de 1686, se fundaría la villa de La Santísima Trinidad por el padre Cipriano Barace, como misión jesuita, cerca del río Mamoré, y luego mudada a su sitio actual, en la ribera del arroyo San Juan. Tiene una forma cuadrangular, con la Catedral al sur de la plaza. Fue la segunda misión jesuita fundada en las tierras llanas de la Amazonía.

Las otras misiones jesuitas más importantes, más al este, establecidas desde el Paraguay, dieron origen a muchos pueblos que se encuentran en la Amazonía, como San Javier, que es la más antigua, fundada en 1691. Allí llegó el jesuita, Martín Schmidt, quien fundaría las misiones de Concepción (1709) y San Rafael de Velasco (1697). También están los pueblos misiones de San Ignacio de Velasco, Santa Ana de Velasco, San Miguel de Velasco y San José de Chiquitos. Todos tienen una traza urbana cuadrangular, con su plaza en el centro, y en general, la iglesia al este de la plaza.

## **V. EL POBLAMIENTO DE LA PROVINCIA DE CHILE O DE NUEVA EXTREMADURA**

Pedro de Valdivia, maestre de campo de Hernando Pizarro en la batalla librada contra Almagro en Las Salinas, había sido encargado por Francisco Pizarro, en 1539, de la conquista del reino de Chile, el cual tres años antes, en 1536, Diego de Almagro había reconocido en su desafortunada expedición. Almagro, en efecto, había tomado la ruta hacia el sur saliendo del Cusco, por el camino Inca, pasando por el Lago Titicaca, la villa de Tupiza y el valle de Jujuy, pasando luego la Cordillera de los Andes hasta Copiapó y terminando en el valle del Aconcagua. El regreso al Perú lo hizo por la costa.

Teniendo en cuenta esa experiencia, en enero de 1540 Valdivia saldría con 150 hombres desde el Cusco, pero esta vez tomando la ruta de la costa, por Arequipa. Lo acompañaban, entre otros, Francisco y Pedro Villagra, y en octubre de 1540, llegaría al valle de Copiapó, donde tomaría posesión de la tierra descubierta poniéndole el nombre de Nueva Extremadura, en sustitución del de Nueva Toledo que había tendido en la época de Almagro.

Después de un año de recorrido llegó al hermoso valle del río Mapocho, en el país de los Mapuches o Mapochoes, no lejos del puerto de Valparaíso, donde había llegado Almagro en 1536 y el cual quedaría establecido a partir de 1543; y el 24 de febrero de 1541, al pie del cerro Huelén, que decidió bautizar como Santa Lucía, fundaría la ciudad de Santiago del Nuevo Extremo, Santiago de Chile, donde ubicó la sede de la provincia de Nueva Extremadura.

El diseño de la planta de la ciudad se atribuye al alarife Pedro de Gamboa, con una forma urbana cuadrangular, con la plaza de armas en el centro, y la Catedral al oeste de la misma. Esta ubicación de la plaza al oeste de la plaza se repetiría en otras ciudades como Concepción, Copiapó y Talca. En Santiago, la planta de la ciudad quedó ubicada entre el cerro Santa Lucía hacia este, el río Mapocho al norte y un brazo o cañada del mismo que corría al sur, por donde luego se construyó la Alameda. La Iglesia y Convento de San Francisco, la edificación más antigua de la ciudad, se ubicó en la ribera sur de la cañada.

Valdivia había llegado a Chile como Teniente de Gobernador de Pizarro, pero al poco tiempo, al conocerse el asesinato de este ocurrida en marzo de 1541, el Cabildo de Santiago lo designaría Gobernador Interino.

Enviado por Valdivia, y a medio camino entre Santiago y Copiapó, Juan Bohon fundaría en 1544, en el valle de Coquimbo, la ciudad de La Serena de Nueva Extremadura, en recuerdo de la ciudad natal del Adelantado en Extremadura. La ciudad, situada al norte de Valparaíso y establecida para abrir el camino hacia el Perú, fue destruida en enero de 1549, y refundada por Francisco de Aguirre ese mismo año, como San Bartolomé de La Serena. Tiene una traza reticular orientada conforme a los puntos cardinales, con la plaza de armas en el centro, y la iglesia Catedral al este de la plaza. Más al sur de La Serena, también en la costa, se fundaría la ciudad de Coquimbo, con traza reticular y plaza rectangular.

Valdivia tuvo que armar barcos en los puertos para enviar emisarios a Lima y lograr el envío de refuerzos desde el Perú, pues la hostilidad de los indios había sido extrema, instigados, además, por los emisarios del Inca Manco quien se había revelado en el Cusco, y sabiéndose ya las noticias de la muerte de Almagro. El puerto más importante ya era Valparaíso, y desde allí Valdivia envió navíos hacia el sur, que llegaron hasta el Estrecho de Magallanes, tomando posesión de las tierras australes.

En 1548, en todo caso, el mismo Valdivia se embarcaría en Valparaíso con rumbo hacia el Perú a unirse a la causa del Virrey La Gasca contra Gonzalo Pizarro, llevando consigo un importante tesoro, y dejando encargado del gobierno de la provincia a Francisco de Villagra. La Gasca confirmó a Valdivia como Gobernador de Chile, con jurisdicción en territorios desde Copiapó hacia el sur y que llegaban hasta vertiente este de los Andes. Por Real Cédula de 1522, el Emperador le confirmaría la Gobernación, la cual en 1544 sería extendida hasta el Estrecho de Magallanes, otorgándose a Jerónimo de Alderete, quien en 1546 y por cuenta del Gobernador había estado en esas tierras, los territorios al sur de dicho Estrecho.

En la zona norte de la Gobernación, entre la pampa y las minas de Bolivia, el maestre de campo de Valdivia, Francisco de Villagra, de regreso de un viaje de reclutamiento por

el Perú, tomaría el camino de Tucumán, y allí se encontraría que Núñez de Prado, enviado por La Gasca, había fundado en 1553 una ciudad conocida luego como Santiago del Estero, la más antigua ciudad de Argentina. Villagra tomó posesión de la misma bajo la autoridad de Valdivia. La ciudad tiene una forma casi reticular, con la plaza (Libertad) en el centro, y al oeste de la misma la iglesia Catedral. Villagra pasó luego por los alrededores de donde se situaría después la ciudad de Mendoza, y a través del paso de Uspallata en los Andes, trazó el camino que luego sería la comunicación regular entre Chile y Argentina.

Por su parte y después de la campaña con La Gasca, Valdivia regresaría a Chile en 1549 desde el puerto de Arica hacia la villa de La Serena, encontrándola destruida y muertos sus habitantes, por lo que procedió a su reconstrucción. Empezó luego una dificultosa campaña hacia el sur, y fue en la ribera del río Biobío, el más ancho de los ríos de la zona, donde tuvo su primer encuentro con los araucanos. En marzo de 1550 estableció un fuerte, fundando allí, en octubre del mismo año, la villa de Concepción del Nuevo Extremo. Esta villa fue destruida en 1554 debido al constante ataque de los indios mapuches y luego de dos devastadores terremotos en 1730 y 1751, encontró su sitio definitivo en 1764. Está trazada en una forma de cuadrícula perfecta, con la plaza (Bernardo O'Higgins) en el centro y la iglesia Catedral al oeste de la misma. Más al sur, en 1553, se establecieron también en la costa, los fuertes villas de Arauco en el golfo del mismo nombre, y de Tucapel y Purén.

Posteriormente, en 1580, Martín Ruiz de Gamboa fundaría la villa de San Bartolomé de Gamboa de Chillán, la cual destruida varias veces por los ataques mapuches y por terremotos, encontró su asiento definitivo en 1835. La traza de la ciudad sigue la clásica de ciudad cuadrangular, con plazas diseminadas también en forma equidistante, de manera similar a la de la ciudad de Mendoza. En todo caso, el pueblo de Chillán Viejo también se conserva.

Tanto en la provincia de Concepción como en la de Santiago, con posterioridad, en el siglo XVIII, el gobernador José Antonio Manso de Velasco (1737-1745) fundaría otras poblaciones como Santa María de Los Ángeles en 1739; San Agustín de Talca en 1742; Nuestra Señora de Las Mercedes de Cuaquenes en 1742; San Felipe el Real en 1740; San Fernando de Tinguiririca en 1742; Logroño de San José (Melipilla) en 1743; San José de Buena Vista (Curicó), en 1743; San Francisco de la Selva (Copiapo) en 1744; y Santa Cruz de Triana (Rancagua) en 1743. Todas tienen una forma urbana cuadrangular.

Otros pueblos que por sus plazas particulares deben mencionarse son, hacia el norte, Vallenar, entre la Serena y Copiapó, y Coihaique, en el extremo sur, en la región de los Lagos. La primera ciudad presenta una plaza cuadrangular con cuatro calles que llegan a los cuatro costados de la misma, como es el caso también de Rancagua; y en cuanto a Coihaique, de más reciente fundación, presenta una plaza pentagonal, única en América Latina, cuyo origen sería la forma de un fuerte militar.

Valdivia buscaba hacia el sur el estrecho de Magallanes, y en 1551 fundaría la villa La Imperial, cerca del actual pueblo Nueva Imperial y de la ciudad de Temuco; y en 1552, la villa de Santa María la Blanca de Valdivia, en la ribera del río Valdivia, la cual tiene una plaza rectangular a la cual llegan seis calles. Además, fundaría la villa de Los Confines, la

cual sería repoblada en 1559 con el nombre de Angol. En abril del mismo año 1552, Jerónimo de Alderete fundaría la villa Santa María Magdalena de Villarrica, en la ribera del lago Villarrica, la cual tiene una cuadrícula como traza urbana.

Sería desde Valdivia que Villagra enviaría a explorar los estrechos en la zona de la isla de Chiloé. Sin embargo, solo fue a partir de 1567 cuando los españoles tomarían posesión de la isla, fundándose por Marín Ruiz de Gamboa la ciudad de Castro, capital de la provincia. La ciudad, ubicada en el Fiordo de Castro donde desemboca el río Gamboa, tiene una forma urbana cuadrangular, con su plaza en el centro, y la iglesia al norte de la misma. Otra ciudad fundada en la isla fue la villa de San Carlos de Chiloé o Ancud, en 1767, en el golfo de Quetalmahue en el extremo norte de la misma.

En 1553 se produjo una extensa sublevación de los araucanos, comandados por el toqui general Lautaro, la cual condujo a la destrucción de muchos de los fuertes y ciudades que habían establecido los españoles, entre ellos, Villarrica y Angol.

El 25 de diciembre de 1553 Pedro de Valdivia fallecería a manos de los indios insurrectos, entrando la provincia en estado de gran anarquía por falta de gobierno. Villagrá sería encargado de la gobernación por los Cabildos sureños en 1554, hasta que la Audiencia de Lima, en 1557, lo nombraría como gobernador interino, venciendo a Lautaro ese mismo año en el río Mataquito.

Pero al poco tiempo, el recién designado Virrey del Perú, Antonio Hurtado de Mendoza, nombraría a su hijo García Hurtado de Mendoza como gobernador de Chile. Este desarrollaría campañas conquistadoras hacia el sur, recuperando Concepción y Angol, y fundando, en 1558, la villa de San Mateo de Osorno, al sur de Valdivia, ubicada en la ribera del río Rahue, la cual también tiene una traza reticular. En expedición que comandó Mendoza hasta el Canal de Chacao, iría Alonso de Ercilla y Zúñiga, el famoso autor de *La Araucana*. También debe mencionarse las ciudades de Cañete y de San Javier de Bella Isla, cuyo plano fundacional coincide con los de Mendoza y Caracas.

Desde finales del siglo XVI y durante el siglo XVII se sucederían en el Reino de Chile nuevas y sucesivas rebeliones indígenas, entre ellas, las dirigidas por el toqui Pelantelau, quien daría muerte al gobernador Martín Oñez de Loyola (1598), y medio siglo después, por el mestizo Alejo produciéndose rebeliones generales con la destrucción de la mayoría de las ciudades al sur del río Biobío, a pesar de la labor evangelizadora que desarrollarían jesuitas y franciscanos.

A finales del siglo XVII y comienzos del siglo XVIII, fue que comenzó entonces un nuevo proceso de poblamiento, correspondiendo como se ha dicho, al Gobernador José Antonio Manzo de Velasco (1737-1745) iniciar fundaciones a gran escala.

Su sucesor en la gobernación, Domingo Ortiz de Rozas (1745-1755), fundaría nuevos pueblos como Talcahuana (1746), San Luis de Coelemu (1749), Santo Domingo de Rosas de Ligua (1754), San Rafael de Rozas de Illapel (1752), Santa Bárbara de Casablanca

(1753) y Santa Ana de Brivesca Petorca (1753) y reconstruiría los derribados por el terremoto de 1751. El gobernador Manuel Amat y Junient (1755-1761), fundaría los pueblos de San Juan Bautista de Guaiqui (1756), Santa Bárbara (1758) y San Rafael de Talcamavida (1757); y además, el gobernador Antonio Guill y Gonzaga (1761-1768), fundaría pueblos de indios, como San Luis Gonzaga o Rere, San Carlos de Austria o Yumbel (1766) y San Diego de Tucapel (1668).

Por último, entre las ciudades importantes de Chile de fundación reciente y con trazado urbano reticular, debe mencionarse en el extremo norte el puerto de Antofagasta, en la costa entre Coquimbo y Arica, desde donde se accede a la Puna o desierto de Atacama, donde se encuentra el Salar de Atacama. La ciudad fue fundada en 1870, con una traza cuadrangular y su plaza cerca de la costa, con la Iglesia Catedral San José al este de la misma. Se convirtió en el puerto central de embarque del salitre. Al sur del poblado de Cobija que había sido establecido en 1581 y que sirvió como punto de acceso al mar desde Bolivia. Al este de Cobija está la ciudad de Calama, cerca de la cual se encuentra la mina de Chuquicamata, la más grande del mundo. En el extremo sur, debe hacerse referencia a Puerto Montt, el principal puerto de la región de los Lagos, con una traza reticular; la plaza abierta a la bahía y la iglesia al norte de esta.

# RÉGIMEN GENERAL DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS URBANÍSTICAS POR LOS MUNICIPIOS ESPAÑOLES

Por *JESÚS DEL OLMO ALONSO* \*

## SUMARIO:

Abreviaturas 1. Presentación. 2.- La distribución competencial prevista en la Constitución de 1978. 2.1 La evolución normativa del urbanismo y el modelo vigente de competencias administrativas. 2.2 Urbanismo y ordenación del territorio. 3. La regulación general del Estado: en especial el estatuto de la propiedad del suelo. 3.1 El derecho a la propiedad del suelo. 3.2 Situaciones básicas del Suelo. 3.3 Los deberes inherentes a las actuaciones de transformación urbanística. 3.4 Urbanismo y Registro de la Propiedad. 3.5 Hacia un urbanismo sostenible. 4. El planeamiento urbanístico como técnica de ordenación de los suelos del municipio y de delimitación del contenido urbanístico del derecho de propiedad. 4.1 El planeamiento urbanístico. Naturaleza de los planes. 4.2 La actividad de planeamiento y las determinaciones de los planes. 4.3 Clases de instrumentos municipales de planeamiento urbanístico. 4.4 El procedimiento de elaboración y aprobación de los planes. 4.5 Efectos de la entrada en vigor de los Planes. 4.6 Los elementos reglados y la discrecionalidad en la planificación. 4.7 Breve mención a la ejecución del planeamiento. 5. El deber de edificar y el régimen de conservación de terrenos, edificios y construcciones. 5.1 El deber de edificar. 5.2 El deber de conservación de terrenos, edificios y construcciones. 5.3 El deber especial de conservación de la propiedad monumental. 5.4 El Informe de Evaluación del Edificio como mecanismo de control indirecto del deber de conservación. 5.5 La declaración de ruina. 6. El control de la legalidad urbanística y su protección. 6.1 El control de la legalidad urbanística. 6.1.1 El control de la legalidad urbanística y sus modalidades. 6.1.2 En especial la licencia urbanística. 6.1.3 La declaración responsable y la comunicación previa. 6.1.4 El visado urbanístico colegial como técnica adicional de control. 6.2 La protección del orden jurídico urbanístico. 6.2.1 La protección de la legalidad urbanística y la Administración competente. 6.2.2 La legalización de actuaciones ejecutadas sin licencia. 6.2.3 Obras, construcciones y usos sin o contra licencia u orden de ejecución. 6.2.4 Obras realizadas al amparo de licencias u órdenes de ejecución ilegales. 6.2.5 Obras y licencias en zonas verdes y espacios libres. 7.- Régimen urbanístico sancionador: la concurrencia del Derecho Penal y

---

\* Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo Universidad de Alcalá



del Derecho Administrativo. 7.1 La potestad sancionadora de la Administración y sus principios generales. 7.2 Infracciones y sanciones urbanísticas. 7.2.1 Reglas sobre determinación de infracciones e imposición de sanciones. 7.2.2 Régimen general de infracciones y sanciones. 7.2.3 Régimen específico. 7.3 Personas responsables y prescripción. 7.4 La acción pública en materia urbanística y las garantías judiciales. 7.5 Responsabilidad administrativa y penal. El delito urbanístico. 8.- Bibliografía.

## ABREVIATURAS

BIC	Bien de Interés Cultural
C.P.	Código Penal
C.E.	Constitución Española de 1978
CTE	Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo
IEE	Informe de Evaluación del Edificio
ITE	Inspección Técnica del Edificio
LBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
LOE	Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación
LOTSU	Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha
LPH	Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LOUA	Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía
LRRR	Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas
LUCyL	Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León
LSCAM	Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid
LSUPV	Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco
RDU	Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio
RP	Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TRLS	Texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio
TRLUC	Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña
TR76	Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, de 9 de abril de 1976.

## 1. Presentación

Recibida la gentil invitación para participar en este importante “Tratado del Régimen Municipal Peruano” me sumo a las aportaciones de excelentes juristas y académicos hispanoamericanos con un trabajo sobre el ejercicio de las competencias urbanísticas por los municipios en España. Con ello, pretendo dar una visión general del régimen jurídico existente en la materia, con el fin de que el lector pueda extraer ideas comparativas respecto al ordenamiento peruano o de cualquier otro país hermano de Latinoamérica.

Dadas las características de esta obra y de la enorme dimensión que ha cobrado el Derecho Urbanístico dentro del ordenamiento jurídico español, me limitaré a dar una visión de conjunto que se centre en aquellos aspectos de mayor interés desde un punto de vista municipal: el régimen de la propiedad del suelo, el planeamiento urbanístico, el control y la protección de la legalidad urbanística y el régimen urbanístico sancionador. Por su complejidad y porque su tratamiento desbordaría el contenido de este trabajo sólo haré mención a otras cuestiones también cruciales como son las expropiaciones urbanísticas, el régimen de valoraciones, las reglas del cálculo de indemnizaciones para supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, o los distintos sistemas de ejecución del planeamiento. He querido, sin embargo, dedicar una especial atención al control por los municipios del deber de conservación de los edificios, habida cuenta de la importancia práctica del tema, no sólo para la Administración, sino en especial para todos los administrados que cuenten con propiedades inmobiliarias en el término municipal.

España es un país con un alto grado de descentralización. Por ello, en el marco de las competencias del Estado, plasmadas fundamentalmente en el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, son las Comunidades Autónomas las que ejercen importantes competencias normativas en la materia. Habida cuenta de que resulta imposible analizar los contenidos de las distintas normativas autonómicas, trataremos de dar una explicación conceptual y general de los distintos instrumentos jurídicos que nos ocupan. No obstante, nos veremos obligados a realizar referencias normativas específicas, para lo que utilizaremos principalmente, y sin perjuicio de que podamos hacer alusión a otras, la legislación de la Comunidad de Madrid, en la que se encuentra la Universidad de Alcalá, a la cual tengo el honor de pertenecer. En todo caso, con algunas singularidades, el esquema conceptual y los sistemas o mecanismos previstos son similares en la mayor parte de las Comunidades Autónomas.

El urbanismo es una rama especial del Derecho Administrativo, donde intervienen distintas administraciones públicas y donde se regulan con precisión las garantías de los ciudadanos ante la Administración en los procesos urbanísticos. Cada Administración ejerce, siempre con el objetivo último de servir con eficacia los intereses generales (art. 103.1 C.E.) las distintas potestades que el ordenamiento le confiere para poder llevar a cabo su misión: la potestad de planeamiento, las potestades de ordenación y control, la potestad sancionadora o la expropiatoria, etc. Precisamente, en el marco de la elaboración de los planes urbanísticos, la Ley atribuye a la Administración un alto grado de discrecionalidad administrativa de carácter mixto, pues en la elaboración de los instrumentos de planeamiento junto a la discrecionalidad

política existe un alto grado de discrecionalidad técnica. La jurisprudencia de los Tribunales, en especial del Tribunal Supremo, ha ido perfilando los límites de esa discrecionalidad y, también, se ha ido pronunciando sobre las distintas controversias jurídicas consecuencia de los innumerables conflictos urbanísticos que se han producido en las últimas décadas.

Se incluye al final unas referencias bibliográficas que persiguen, además de mostrar la bibliografía utilizada, presentar aquella bibliografía de carácter general a la que el lector puede acudir para profundizar en el estudio de aquellas cuestiones que le puedan resultar de interés, incluyendo aquí aquellas que, como hemos dicho, no pueden ser tratadas por razones de espacio. Por esta misma razón no se incluye, sin embargo, la importante bibliografía existente sobre el tratamiento del régimen urbanístico de distintas Comunidades Autónomas. A ella se hace referencia en las obras de contenido general recogidas en dicha selección bibliográfica.

## 2. La distribución competencial prevista en la Constitución de 1978

### 2.1. La evolución normativa del urbanismo<sup>1</sup> y el modelo vigente de competencias administrativas

A lo largo de la historia el hombre ha vivido en sociedad y se ha visto obligado a hacer frente a los problemas derivados de la organización de esta vida en común. Con el desarrollo de las distintas civilizaciones, se llegaron a desarrollar grandes urbes cuya ordenación era obligada. Así podemos encontrar las ciudades mesopotámicas, pasando por las *polis* griegas, las ciudades egipcias o la *civitas* romana, entre otras. Como ejemplo valioso de este diseño urbano podemos ver la ciudad romana de Itálica, en las proximidades de Sevilla, cuya ordenación en cuadrícula de la ciudad puede dar una idea de este *urbanismo antiguo*, en el que destacan sus amplias calzadas, con dos vías más amplias que permitían atravesar la ciudad de un lado a otro, la ordenación de los espacios públicos, el diseño de redes de distribución y evacuación de aguas, etc.

En muchos casos, estas civilizaciones no sólo realizaban un diseño de la ciudad, sino también del territorio ampliamente considerado, constituyendo un importante precedente de nuestra actual *ordenación del territorio*. Baste como ejemplo la extraordinaria red de infraestructuras de agua y comunicaciones desarrolladas en la época del Imperio Romano.

En la Edad Media, pese al crecimiento caótico *intra muros* de muchas ciudades donde se hacinaba en muchos casos la población, también se mantiene esta ordenación de los espacios urbanos. Llama la atención la ordenación de las ciudades de nueva planta, entre ellas aquellas fundadas por los españoles en algunos países latinoamericanos. Como ejemplo, podemos ver el diseño de la ciudad de Lima en 1687, la cual había sido fundada el 18 de enero de 1535 y que cuenta con un recinto amurallado de protección que rodea la ciudad y dentro del cual existe una cuidada ordenación en cuadrícula.

<sup>1</sup> Sobre la evolución del urbanismo español a partir del Siglo XIX pueden verse, entre otros, BASSOLS COMA, Martín; *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español (1812-1956)*. Montecorvo. Madrid, 1973. PAREJO ALFONSO, Luciano; *La ordenación urbanística. El periodo 1956-1975*. Montecorvo. Madrid, 1979.



Con la Edad Moderna las grandes ciudades continúan con su desarrollo, que se ve condicionado de forma muy importante con la llegada de la revolución industrial, lo que, entre otras muchas cosas, provoca una emigración del campo a las ciudades en busca de trabajo y una transformación del sistema de comunicaciones por ferrocarril. Como consecuencia, el tamaño de las ciudades aumenta de forma más que considerable y ello provoca serios problemas a los que la antigua ciudad medieval no puede dar solución. Las ciudades españolas tradicionalmente se encontraban dentro de recintos amurallados y su crecimiento había provocado una excesiva aglomeración en su interior. Este modelo de ciudad se hace insostenible y los poderes públicos se ven obligados a realizar dos grandes tipos de actuaciones: el ensanche y la reforma interior.

En consecuencia surge en 1864 una nueva legislación de ensanche, que pretende crear nuevas zonas urbanas más allá de los antiguos muros o límites tradicionales de la ciudad. Con anterioridad, en 1860 el Plan Castro para Madrid y el Plan Cerdá para Barcelona, pretenden ordenar el ensanche de ambas ciudades, estableciendo una ordenación que será crucial para su desarrollo posterior y se tendrá muy en cuenta en las legislaciones que van a surgir al respecto.

Por su parte, las normas sobre reforma interior pretenden la rehabilitación urbana de las zonas más deterioradas, abriendo nuevas calles y ensanchando otras. Para ello es fundamental la institución de la expropiación forzosa, regulada por Ley en 1879. La Ley de 1895 sobre saneamiento y reforma interior de grandes poblaciones será también determinante.

Las legislaciones anteriores con sus respectivas modificaciones y la normativa sobre régimen local, entre la que destacamos el Reglamento de Obras, Servicios y Bienes Municipales de 1924, intentan solucionar los distintos problemas planteados por la ordenación de los espacios urbanos. No hay, sin embargo, hasta 1956 una normativa integral sobre ordenación urbanística.

La primera normativa completa en materia urbanística es la Ley de Suelo y Ordenación Urbana de 1956, y su entrada en vigor da lugar al nacimiento de una nueva rama del Derecho, que será objeto de un importante desarrollo con el paso de los años, el *Derecho Urbanístico*. La Ley configura el urbanismo como una función pública, es decir una materia que debe ser regulada y gestionada por los poderes públicos. Establece la ordenación de los suelos mediante técnicas de planificación, desarrollando el concepto de plan urbanístico. Introduce la configuración de un nuevo estatuto jurídico sobre el derecho de propiedad del suelo, que pasa a verse limitado en su contenido a lo que la Ley y los planes urbanísticos determinen. Condiciona el derecho a edificar al pago de los gastos de urbanización y al cumplimiento de los plazos fijados por el planeamiento. Y, entre otras, introdujo la figura de los patrimonios públicos de suelo para influir en el mercado de suelos como mecanismo indirecto de regulación de precios.

El modelo de la Ley del 56 planteó diversos problemas y tuvo que ser mejorado mediante una nueva legislación, que vio la luz el dos de mayo de 1975 y que se vio reformado por el Texto Refundido de 9 de abril de 1976, que contenía la Ley del Suelo y Ordenación Urbana. Esta nueva Ley introdujo la figura de los estándares urbanísticos, como exigencias normativas mínimas de calidad en la ordenación que se imponen al planeamiento urbanístico, y el mecanismo de la cesión obligatoria y gratuita del 10 % del aprovechamiento medio de los propietarios, con lo que pasaban a formarse los terrenos que constituían el Patrimonio Municipal del Suelo, que debía destinarse principalmente a viviendas de promoción pública o a mejorar la distribución de beneficios y cargas. Esta Ley fue desarrollada en 1978 por tres importantes Reglamentos que, a día de hoy, son utilizados como ordenación supletoria por algunas Comunidades Autónomas y como normas aplicables en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, en las que rige el TR76: el Reglamento de Planeamiento Urbanístico, aprobado por Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio, el Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, y el Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.

La Constitución Española de 1978, introduce novedades de gran interés que condicionarán la evolución actual del Derecho Urbanístico. Según su artículo 33, la función social de la propiedad determinará su contenido, de acuerdo con las leyes. Esto reafirma un modelo de propiedad relativa al servicio del interés general, lo que permite llegar a su expropiación en materia urbanística cuando sea necesario para el desarrollo de la ordenación establecida por los instrumentos de planeamiento o por el incumplimiento de los deberes de cada propietario. La Ley puede, por tanto, precisar el contenido del derecho de propiedad, indicando las facultades y deberes que lo componen, siempre que se deje a salvo el *contenido esencial* de ese derecho que permita identificarlo como tal. Por otro lado el artículo 47 de la Constitución obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para hacer efectivo el derecho de todos los españoles a una vivienda digna y adecuada, regulando, para ello la “utilización racional del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación” y señalando a continuación que “la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”. Esto último permite la existencia de las cesiones obligatorias y gratuitas de un porcentaje del aprovechamiento urbanístico del propietario en favor de la Administración, precisamente porque la acción

administrativa ha permitido un incremento de valor del terreno y de la plusvalía generada por una acción pública ha de beneficiarse el conjunto de la sociedad.

Pero lo más importante del texto constitucional, es la nueva organización territorial del Estado, que queda dividido en Comunidades Autónomas y éstas, a su vez, en entidades locales. El nacimiento de las Comunidades Autónomas, como entidades dotadas de sus propias instituciones de gobierno y de autonomía para la regulación y la gestión de intereses propios en el ámbito de su territorio, cambia por completo el panorama del Derecho Urbanístico Español. El artículo 148.1.3ª de la Constitución las permite asumir competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, en el marco, eso sí, de las competencias exclusivas que el artículo 149.1 reserva al Estado. Ello ha dado lugar a que en estos momentos cada Comunidad Autónoma tenga su propia normativa en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Tras la entrada en vigor del texto constitucional, las Comunidades Autónomas tardaron un tiempo -unas más que otras- en constituirse y desarrollarse. El texto refundido de 1976 se actualizó y modificó por la Ley 8/1990, que pasó después a formar parte del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio. Esta nueva Ley contenía artículos de aplicación supletoria para las Comunidades que no hubiesen legislado en la materia y otros que hacían referencia a los aspectos que entraban dentro de las competencias cuya regulación reserva la Constitución al Estado, ya sea en sus aspectos básicos o con carácter pleno.

Buscando un modelo urbanístico más liberal, el Gobierno Popular surgido de las elecciones aprobó en su primera reunión el Real Decreto-Ley 5/1996, de 7 de junio, que contenía determinadas medidas de liberalización del mercado de suelo, como, por ejemplo, la supresión de la distinción entre el Suelo Urbanizable Programado y el no Programado con la intención de permitir la promoción de desarrollos urbanos en cualquier suelo calificado como urbanizable por el Plan General.

Entre tanto hay que decir que, desde la promulgación del texto constitucional, las Comunidades Autónomas se habían ido constituyendo y habían ido asumiendo en sus Estatutos de Autonomía las competencias permitidas por la Constitución. Algunas de ellas habían promulgado legislaciones en materia de ordenación del territorio y urbanismo y otras estaban trabajando en ello. Llegamos aquí a un punto de inflexión que marcará la evolución actual del Derecho Urbanístico en nuestro país. Algunas Comunidades Autónomas, a las que no satisfacía la regulación prevista en la Ley de 1990 que fue incorporada luego el texto refundido de 26 de junio de 1992, presentaron ante el Tribunal Constitucional varios recursos de inconstitucionalidad, que fueron resueltos por la espectacular STC 61/1997, de 20 de marzo. Como ha manifestado el Prof. Tomás Ramón FERNÁNDEZ<sup>2</sup>, esta sentencia “hizo saltar por los aires, roto en mil pedazos, el ordenamiento urbanístico, al anular, por razones estrictamente competenciales más de doscientos artículos del citado Texto Refundido”. In-

---

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón; *Manual de Derecho Urbanístico*. 23ª Edición. Civitas - Thomson-Reuters. Navarra, 2014. Pág. 38.

directamente, el Tribunal Constitucional pretendía forzar a las Comunidades Autónomas a desarrollar esta competencia, puesto que todas la habían asumido en sus Estatutos de Autonomía. Las consecuencias de esta sentencia en el plano práctico fueron varias: la Ley del Suelo de 1976 y sus reglamentos de desarrollo recobraron vigencia como normas supletorias, muchas Comunidades Autónomas se vieron obligadas a aprobar sus legislaciones propias (a día de hoy todas cuentan con una importante normativa propia), y, en fin, el Estado tuvo que reconstruir su legislación en materia urbanística en el ámbito de sus competencias, dictando la Ley 6/1998, de 13 de abril, de régimen del Suelo y Valoraciones. Por tanto, en ese momento, el Estado disponía de la Ley 6/1998<sup>3</sup> y de algunos preceptos que quedaban vigentes del texto refundido de 1992. Las Comunidades Autónomas, por su parte, tenían su propia normativa, que podían completar con carácter supletorio con los preceptos del texto refundido de 1976 y de sus reglamentos de desarrollo.

Este esquema de legislación estatal-autonómica se mantiene en la actualidad. La Ley 6/1998 fue derogada y sustituida por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, elaborada por el gobierno del partido socialista. Esta nueva e importante Ley de Suelo, en el uso de las competencias que la constitución reserva al Estado, introdujo una nueva clasificación de los tipos de suelo, un nuevo y cuestionado sistema de valoración de los mismos que atiende a su valor real, y diversas medidas encaminadas a lograr un urbanismo sostenible. El contenido de esta Ley se refundió con los preceptos del texto refundido de 1992 que aún quedaban vigentes, dando lugar al vigente texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. La Ley de Suelo de 2008, ha sido objeto de diversas modificaciones como la llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 8/2011, que explicita el carácter negativo del silencio en los procedimientos de declaración de conformidad, aprobación o autorización administrativa de facultades o derechos contenidos en la ordenación territorial o urbanística, y exige la incorporación al Registro de la Propiedad de la situación de fuera de ordenación de los edificios. Más recientemente destaca la operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas<sup>4</sup>, mediante la que, entre otros cambios, se completa en el TRLS la regulación del deber legal de conservación, se añade como actuación de transformación urbanística, dentro de las actuaciones de dotación, las denominadas «actuaciones edificatorias», que engloban, tanto las de nueva edificación y de sustitución de la edificación existente, como las de rehabilitación edificatoria, y, por último, se flexibiliza la regla de garantía del 30 % de la edificabilidad residencial prevista para vivienda asequible.

<sup>3</sup> El Tribunal Constitucional por STC 164/2001, de 11 de julio, volvió a pronunciarse sobre la constitucionalidad de esta Ley 6/1998, declarando inconstitucionales una parte muy reducida de sus preceptos.

<sup>4</sup> Esta importante Ley ha procedido a introducir importantes modificaciones en el texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio; en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; en el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; en el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación; y en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

Por otra parte, la legislación autonómica se encuentra muy desarrollada y en constante evolución. Junto a las normas urbanísticas, las Comunidades Autónomas han regulado la creación en su territorio de instrumentos de ordenación territorial, que constituyen el marco en el que cada municipio debe desarrollar sus planes de urbanismo. Por ello, los planes generales han de aprobarse en última instancia por el órgano competente autonómico, con lo que se trata de garantizar la adecuación del plan a la legislación urbanística y territorial de la Comunidad Autónoma. En muchos casos, también, existen reglamentos de desarrollo de la legislación urbanística autonómica. Sólo en los casos en que éstos no existen o hay lagunas en aspectos de detalle se recurre a los antiguos Reglamentos de Planeamiento Urbanístico, de Gestión Urbanística o de Disciplina Urbanística. Algunos ejemplos de las principales legislaciones urbanísticas de las CCAA son:

- Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha.
- Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña.
- Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.
- Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.
- Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo del País Vasco.
- Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Ahora bien, aunque, como ya hemos dicho, todas las Comunidades Autónomas han elaborado su propia legislación urbanística, sin embargo, como también ha dicho el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones (Sentencias 77/1984, 56/1986, 149/1991, 36/1994, 28/1997, 40/1998 y 149/1998, entre otras), la competencia autonómica no es absoluta, sino que debe respetar ciertas competencias exclusivas del Estado que condicionan la ordenación territorial y urbanística que pueda efectuar una Comunidad Autónoma. Entre las más importantes, podemos destacar las siguientes que aparecen recogidas en el artículo 149.1 C.E.: la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal; la regulación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; la legislación sobre procedimiento administrativo común y expropiación forzosa; el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas; la legislación básica sobre protección del medio ambiente; puertos y aeropuertos de interés general; ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; montes y vías pecuarias; ordenación de recursos y aprovechamientos hidráulicos de aguas que transcurran por más de una Comunidad Autónoma; legislación de costas; etc. Como consecuencia de todo lo anterior en estos momentos las Comunidades Autónomas disponen de sus propias normas de ordenación del territorio y urbanismo, que conviven junto a la legislación estatal en materia de suelo (recogida principalmente en el TRLS) y junto a diversas normas sectoriales.

Igualmente, hay que recordar que las entidades locales también ejercen autónomamente y dentro de los términos previstos por la legislación del Estado y de la Comunidad



Autónoma en que radiquen, competencias en materia de urbanismo<sup>5</sup>. No en vano, los Ayuntamientos son los principales protagonistas de la gestión y del control de la legalidad urbanística. El artículo 25.2.a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local -modificado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local-, establece que los municipios tienen competencia en la ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística<sup>6</sup>. Los municipios, en los términos de la legislación estatal y autonómica, elaboran y aprueban provisionalmente, bajo el control de la Comunidad Autónoma que debe aprobarlos de forma definitiva, los instrumentos de ordenación urbanística; gestionan la ejecución material de los mismos; controlan<sup>7</sup> la ejecución de obras y actividades conforme a la legalidad urbanística; supervisan la conservación y rehabilitación de las edificaciones, y, si es preciso, ejercen su potestad sancionadora para castigar las conductas contrarias a la legalidad. Ello lo ejercen siempre dentro de la tutela de la Comunidad Autónoma y, en su caso, del propio Estado, quienes deben garantizar que las actividades llevadas a cabo por los Ayuntamientos respetan las leyes de su respectiva competencia y tienen, además, facultades de solicitud de información, intervención y control sobre los municipios (véanse en especial los artículos 56, 60 y 63 a 67 LBRL), pudiendo sustituir a la entidad local en casos de inactividad grave o manifiesto incumplimiento de sus obligaciones legales.

Estas competencias urbanísticas de los municipios, en el marco de la legislación estatal y autonómica, tanto urbanística como reguladora de otros sectores específicos de la actividad administrativa, deben poderse ejercer con autonomía. En especial, la ordenación de los suelos del término municipal a través del planeamiento urbanístico no puede quedar impedida o constreñida por las regulaciones estatales o autonómicas, pues ello supondría una vulneración clara de la autonomía local garantizada tanto por la Constitución (arts. 103.1, que recoge los principios de autonomía y descentralización administrativa,

<sup>5</sup> Véase a este respecto MARTÍN REBOLLO, Luis: *Competencias de los entes locales*. En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto (Dirs.): *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. 2 Vols. Aranzadi. Navarra, 2009. Págs. 209 a 222.

<sup>6</sup> El art. 25 LBRL, en su redacción dada por el art. 1.8 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, comienza diciendo:

- «1.El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo.
- 2. El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:
  - a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.
  - b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.
  - c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
  - d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad... ».

<sup>7</sup> Véase el artículo 9 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, que regula el procedimiento de otorgamiento de licencias, y que rige en defecto de lo dispuesto por las legislaciones autonómicas urbanísticas.

137<sup>8</sup> y 140, en el que la Constitución garantiza la autonomía de los municipios), como por el art. 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local<sup>9</sup>. El principio de autonomía local, recogido también por el art. 2 de la LBRL<sup>10</sup>, ha sido objeto de una amplia jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, cuyos pronunciamientos entienden que la C.E. ha configurado la autonomía local como una garantía institucional. Esto es, la autonomía local es un componente esencial del orden jurídico-político establecido en la C.E., a través del cual se realiza la distribución vertical del poder (por todas, SSTC 32/1981 y 252/2005). La C.E. garantiza un núcleo o reducto indisponible por el legislador y remite a éste para la determinación del contenido concreto de la autonomía<sup>11</sup>. Sin perjuicio de la numerosa casuística que aquí podemos encontrar, el Tribunal Supremo, a partir de una importante sentencia de 13 de julio de 1990, ha encontrado un punto de equilibrio entre las exigencias que derivan del principio constitucional de autonomía local

<sup>8</sup> «Artículo 137. Organización Territorial del Estado:

<sup>81</sup> Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses».

<sup>9</sup> El art. 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local, hecha en Estrasburgo el 15 de octubre de 1985 y ratificada por España el 20 de enero de 1988, dispone: «Por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de los entes locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la Ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes».

<sup>10</sup> Dice el art. 2 LBRL, cuyo apartado primero ha sido objeto de modificación por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre:

«1. Para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales, la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, deberá asegurar a los Municipios, las Provincias y las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

2. Las Leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en las materias que regulen».

<sup>11</sup> Más concretamente, la STC 32/1981, de 28 de julio, ha considerado que la autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y en la administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esa participación en función de la relación de intereses locales y supralocales. Consecuentemente, la existencia de controles derivará de la concurrencia de intereses supralocales. Esos controles nunca podrán ser de oportunidad o valoración política sino sólo de legalidad, porque la Administración local está sujeta, como el resto de Administraciones, a la Ley y al Derecho (art. 9.1 C.E.). De acuerdo, entre otras, a las SSTC 32/1981, 27/1987, 40/1998, 104/2000, 48/2004 y 252/2005, lo que garantiza la C.E. no es un elenco de asuntos locales, sino el derecho de todos los entes de ese nivel territorial a intervenir en todos los asuntos que les afecten con independencia del grado de relevancia local o supralocal, intervención que puede ser de distinta intensidad, pues la garantía institucional no asegura un contenido concreto. De acuerdo a la STC 214/1989, el ejercicio por las entidades locales de sus competencias en régimen de autonomía vendrá determinado por la legislación tanto del Estado como de cada Comunidad Autónoma, clasificándose en competencias propias y competencias delegadas. No obstante, muy raras serán las materias exclusivamente locales, pero también pocas serán las materias sectoriales en que no exista interés local. Para la defensa de su autonomía las EELL pueden impugnar disposiciones reglamentarias y actos de otras Administraciones ante los Tribunales del orden contencioso-administrativo (art. 63.2 LBRL y 19.1.e) LJCA). Contra las normas con rango de ley del Estado o de las CC.AA. las EELL pueden plantear un conflicto en defensa de la autonomía local ante el Tribunal Constitucional

y de la necesidad inexcusable de respetar por el planeamiento urbanístico municipal los intereses supramunicipales protegidos por las normas sectoriales y de ordenación territorial. No contradice, tampoco, el principio de autonomía municipal la aprobación de los planes urbanísticos por la Comunidad Autónoma, que puede controlar legítimamente los aspectos reglados del plan, en especial los que emanan de la legislación autonómica, y el respeto del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos a que hace referencia el art. 9.3 C.E. En todo lo demás, la fiscalización del contenido del plan habrá de limitarse a aquellas determinaciones que estén en conexión con intereses supramunicipales vinculados a un modelo territorial superior. Esta doctrina jurisprudencial ha sido respaldada por las SSTC 159/2001, de 5 de julio, y 51/2004, de 13 de abril.

Por otro lado, en la península, en muchos casos los municipios más pequeños no pueden hacer frente a sus competencias en materia de urbanismo. Por ello, las Diputaciones Provinciales (o, en caso de Comunidades uniprovinciales, la Consejería competente de la Comunidad Autónoma), ejercen funciones de asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios de su ámbito territorial, especialmente a los más pequeños -art. 36.1.b) de la Ley de Bases del Régimen Local-. Esto se manifiesta en el apoyo técnico y jurídico en la elaboración de instrumentos de planeamiento, en la tramitación de licencias o en la gestión de procedimientos sancionadores. Incluso, en algunas ocasiones, las Diputaciones Provinciales tienen aprobadas unas Normas Subsidiarias Provinciales que, junto a las normas autonómicas y estatales de directa aplicación, constituyen la normativa urbanística de los municipios que ni siquiera tienen instrumentos propios de ordenación urbanística.

## 2.2. Urbanismo y ordenación del territorio

Antes de avanzar más, conviene sin embargo distinguir lo que es el Urbanismo de lo que se denomina Ordenación del Territorio. Como hemos dicho antes ambas disciplinas han caminado de la mano hasta el desarrollo del sistema de las autonomías, donde las Comunidades Autónomas han desarrollado esta competencia con normativas e instrumentos propios.

*El Urbanismo es una disciplina que se ocupa principalmente de lograr la ordenación espacial más eficaz de un municipio de acuerdo con el interés general, con el fin de lograr el mejor nivel de vida posible de sus vecinos.* El Urbanismo busca, pues, una óptima gestión del suelo del término municipal, para lo que debe ordenar los usos y actividades que en él se llevan a cabo, y para eso es muy importante el diseño adecuado de los espacios urbanos y rurales.

La Ordenación del Territorio es una disciplina que, ligada al urbanismo, tiene sin embargo un contenido y un alcance mucho más amplio. Se proyecta a nivel autonómico principalmente, aunque las actuaciones del Estado son de alcance nacional e incluso existen determinadas estrategias y políticas de la Unión Europea que inciden sobre la ordenación de sus territorios. La Ordenación del Territorio, además, persigue objetivos mayores que los meramente urbanísticos, como son el desarrollo económico a nivel general, el fomento cultural, la protección ambiental y social, etc. Todas estas actuaciones pretenden introducir medidas eficaces que mejoren significativamente la calidad de vida de todos los ciudadanos que directa o indirectamente reciban sus efectos.

Defino, la OT como *una función pública sobre la que inciden competencias de las distintas administraciones públicas que pretende, a través de una actividad de planificación, la óptima administración de un territorio con la intención de lograr en el mismo un fomento de la economía, el aprovechamiento y protección de los recursos naturales, una mejora de la calidad de vida de sus habitantes, y la disminución de los desequilibrios entre las distintas zonas que lo componen.*

La Ordenación del Territorio, surge ante la necesidad de integrar en el territorio, concebido como espacio físico, las distintas actuaciones administrativas, sociales, económicas, ambientales, culturales y urbanísticas de los entes públicos. Se busca una *ordenación*, que esté *planificada pensando en las necesidades futuras* y donde las distintas acciones estén perfectamente *coordinadas*. Con el desarrollo humano de las últimas décadas del Siglo XX se ha comprobado la insuficiencia de actuaciones aisladas, tanto urbanísticas como sectoriales, para ordenar los problemas que afectan a un mismo territorio. La preocupación por la protección del medio ambiente ha contribuido también a la necesidad de coordinar las distintas medidas públicas. Por ello, en 1978 la Conferencia Europea de Ministros de Ordenación del Territorio propuso la elaboración de una *Carta Europea de Ordenación del Territorio*, lo que tuvo lugar en 1983. Esta Carta define la Ordenación del Territorio como la “expresión espacial de la política económica, social, cultural y ecológica de toda la sociedad”, y fija entre sus objetivos el desarrollo económico equilibrado de las regiones, mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos, administrar los recursos naturales y proteger el medio ambiente, y poner en práctica una política de utilización racional del suelo.

En España, pese a los intentos de la Leyes urbanísticas de 1956 y 1976 por introducir instrumentos de ordenación territorial, la Ordenación del Territorio no tiene un desarrollo significativo hasta la Constitución de 1978. Es una competencia atribuida en exclusiva a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio del respeto por éstas de las competencias sectoriales del Estado que también influyen sobre dicho territorio. Para la Constitución nos encontramos, pues, ante una función pública. Por tanto, estamos ante una política pública, en la que cada Administración, en el ejercicio de sus competencias, y teniendo en cuenta intereses económicos, sociales, culturales, urbanísticos y ambientales, persigue mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos y corregir los desequilibrios existentes entre las zonas más desfavorecidas y las más deprimidas del territorio.

Las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1.3 C.E., han asumido en sus Estatutos de Autonomía la competencia exclusiva sobre esta materia. De esta forma existen diversas normas autonómicas que regulan instrumentos por los que las CCAA van a ordenar su territorio.

Sin embargo, el Estado también tiene una serie de competencias que le permiten actuar incidiendo sobre la ordenación de un determinado territorio. Además de las competencias urbanísticas antes reseñadas destaquemos, entre otras, las siguientes: bases y coordinación general de la actividad económica (art. 149.1.13<sup>a</sup>); puertos y aeropuertos de interés general (art. 149.1.20<sup>a</sup>); transportes terrestres que transcurren por más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.21<sup>a</sup>); aguas supracomunitarias (art. 149.1.22<sup>a</sup>); legislación

básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23<sup>a</sup>); Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma (art. 149.1.24<sup>a</sup>), etc.

Como no es difícil de adivinar, las políticas estatales o autonómicas en desarrollo de estas competencias muchas veces chocan entre sí. La realización de una línea de alta velocidad, de una autopista del Estado o la localización de un Aeropuerto, acaban muchas veces en los Tribunales. Por ello, el Tribunal Constitucional<sup>12</sup> se ha visto obligado a delimitar el alcance de la competencia autonómica de la Ordenación del Territorio, estableciendo una delimitación positiva y una negativa:

- Delimitación positiva: la competencia de OT abarca “el conjunto de actuaciones públicas de contenido planificador, cuyo objeto consisten la fijación de los usos del suelo y el equilibrio de las distintas partes del territorio mismo”. Incluye no sólo el señalamiento de los objetivos propios de la política territorial, sino el diseño de los instrumentos y procedimientos de ejecución de dichas políticas”, STC 36/1994.
- Delimitación negativa: ahora bien, esta competencia autonómica no puede impedir que el Estado ejerza sus propias competencias exclusivas (STC 56/1986), ni puede entenderse en términos tan absolutos que elimine o destruya las competencias que la propia Constitución reserve al Estado, aunque el uso que éste haga de ellas condicione necesariamente la Ordenación del Territorio (STC 149/1991).

En caso de conflicto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 77/1984, de 3 de julio, afirma que “lo que sí parece aconsejable es que se busquen soluciones de cooperación dentro del respeto a las respectivas competencias, aunque es evidente que la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente”, es decir la más importante, la que ha de prevalecer en el asunto controvertido.

Las numerosas legislaciones estatales y autonómicas<sup>13</sup> que inciden sobre el territorio intentan establecer mecanismos de cooperación y coordinación.

Por otro lado, y esto es muy importante, las legislaciones autonómicas sobre ordenación del territorio y las legislaciones sectoriales del Estado que contienen instrumentos de ordenación o planificación, dejan clara la prevalencia de estos instrumentos de alcance territorial sobre los instrumentos urbanísticos de planeamiento. Es decir, todo planeamiento urbanístico debe someterse a los instrumentos de ordenación territorial o sectorial previamente existentes o adecuar su contenido a los mismos en el caso de que éstos

<sup>12</sup> Un resumen de su jurisprudencia se puede encontrar en las SSTC 40/1998 y 149/1998.

<sup>13</sup> Entre éstas, cabe citar a modo de ejemplo, la Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco; la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid; la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de Ordenación del Territorio de Galicia; la Ley 1/1995, de 16 de marzo, del Plan Territorial General de Cataluña; la Ley 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación del Litoral de Cantabria; la Ley 19/2003, de 14 de abril, por la que se aprueban las Directrices de Ordenación General y las Directrices de Ordenación del Turismo de Canarias; o el Decreto 129/2006, de 27 de junio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía.

últimos sean modificados. Así lo disponen, entre otros, el artículo 14.5 de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, de Política Territorial, Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid; 31.2 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; o los artículos 2.f) y 18.2 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

### **3. La regulación general del Estado: en especial el estatuto de la propiedad del suelo.**

#### **3.1. El derecho a la propiedad del suelo**

Según su artículo 33 C.E.<sup>14</sup>, la función social de la propiedad determinará su contenido, de acuerdo con las leyes. Asimismo, el art. 128.1 C.E. establece que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general». Lejos, pues, de un sistema de propiedad absoluta, la Constitución Española reafirma un modelo de propiedad relativa, siempre al servicio del interés general. Esta vertiente institucional del Derecho de propiedad permite que, siempre por razones de interés público, la propiedad privada pueda verse limitada o condicionada<sup>15</sup>, pudiendo incluso llegarse a la expropiación forzosa previa correspondiente indemnización. El derecho de propiedad es, por tanto, un derecho flexible y sometido a una regulación diferente, según el tipo de bien sobre el que recae.

Así debe entenderse el art. 348 del Código Civil, en virtud del cual el derecho de propiedad es el “derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes”. Y ello, precisamente porque es la legislación administrativa la que establece una regulación especial de la propiedad sobre determinados bienes, que comporta limitaciones y deberes peculiares para los propietarios, constituyendo lo que se ha venido a denominar una delimitación administrativa del derecho de propiedad. La legislación administrativa (por ejemplo, la relativa a la protección del medio ambiente, de los bienes públicos o del patrimonio-histórico artístico) sobre algunos tipos bienes establece directamente una regulación del contenido del derecho de la propiedad que implica límites y deberes positivos para los propietarios y, con frecuencia, se remite a planes y otras

---

<sup>14</sup> «Artículo 33. Derecho a la propiedad privada y a la herencia.

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

<sup>15</sup> La STC 37/1987, de 26 de marzo, ha declarado que «la Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

decisiones administrativas para la concreción de esos límites. Las leyes administrativas delimitan así el contenido normal del derecho de propiedad sobre determinados bienes y, por ello, esas limitaciones no son indemnizables, ya que no se priva a ninguna persona de un supuesto derecho absoluto preexistente, pues, en tanto no se hayan adquirido derechos efectivos sobre los terrenos, el valor de éstos es el que se corresponde con su valor natural.

Ahora bien, a veces esos límites legales y su aplicación práctica privan al propietario de toda utilidad sobre sus bienes o le imponen cargas desproporcionadas a sus beneficios o bien un sacrificio especial o particular de su derecho, que no es el mismo que afecta a los demás propietarios en la misma o parecida situación. En tales casos, la jurisprudencia (española y europea) considera que se supera el límite de las facultades del legislador y de la Administración para regular el contenido de la propiedad inmueble y que se produce una *privación o restricción injustificada* del derecho de propiedad privada, que sí debe ser indemnizada.

En este contexto, el supuesto más característico es el del Derecho Urbanístico, que establece un régimen “*estatutario*” de la propiedad del suelo. El art. 3.1 TRLS declara que «la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes». Ello significa que los derechos de desarrollo urbanístico de cada parcela -el *ius aedificandi*- no son simple manifestación o consecuencia de la titularidad del suelo, sino que se atribuyen en su caso por los planes de urbanismo que aprueba cada Administración, con arreglo a las leyes<sup>16</sup>. A través de la ordenación urbanística se concreta, pues, el estatuto de la propiedad del suelo a efectos urbanísticos, de manera que cumpla la función social a la que está abocado, que no es otra que la de servir de soporte a la ordenación de las ciudades y del territorio circundante, elemento esencial de la convivencia social y de la calidad de vida de los ciudadanos. Por tanto, son los planes urbanísticos, elaborados en el marco de las leyes de contenido urbanístico y territorial del Estado y de las Comunidades Autónomas, los que definen el contenido concreto del derecho de propiedad del suelo en el municipio y establecen sus precisos límites, a los que habrá que añadir los establecidos por las disposiciones del Código Civil (por ejemplo, las que regulan las servidumbres u otros derechos reales limitativos de la propiedad). Eso significa que, en cada terreno o parcela, los propietarios sólo podrán usar el suelo y las edificaciones que sobre él se construyan, en los términos y con el destino previsto en los planes de urbanismo. El contenido de la propiedad del suelo varía en cada caso de acuerdo con el plan aplicable dependiendo de la clasificación y calificación urbanística del terreno. Por tanto, ese régimen especial de la propiedad del suelo parte de la premisa de que mera titularidad de los terrenos no comprende el derecho a edificar o a urbanizar. Los distintos derechos o facultades sobre los terrenos los confieren los planes, pero a cambio de que los propietarios beneficiados cumplan de manera equitativa (*equidistribución* de beneficios y cargas) una serie de obligaciones que más adelante veremos (entre otras,

<sup>16</sup> En este sentido SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; *Derecho Administrativo. Parte General*. 9ª Edición. Tecnos. Madrid, 2013. Pág. 726.

cesión gratuita de parte de su propiedad al municipio, realización de las obras de urbanización y edificación, conservación de los inmuebles, etc.). Además, la patrimonialización efectiva, es decir la atribución del valor económico, de los nuevos usos y facultades que confiere al propietario el planeamiento urbanístico sólo se producirá una vez que éste se ejecute materialmente sobre los terrenos. Por ello, el actual art. 7 TRLS viene a decir:

«Artículo 7. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo

1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.
2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

Los artículos 8 y 9 TRLS concretan el régimen básico del contenido del derecho de propiedad del suelo.

El artículo 8 dispone que el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien. Comprende asimismo la facultad de disposición, siempre que su ejercicio no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas que regula el art. 17 y al que nos remitimos. Entre las facultades de uso, disfrute y explotación del suelo (que alcanzarán también al vuelo y al subsuelo de acuerdo a lo que determinen los instrumentos de ordenación urbanística y la normativa sectorial) se incluyen:

- a) En el suelo rural *preservado* las facultades del derecho de propiedad incluyen las de usar, disfrutar y disponer de los terrenos de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales<sup>17</sup>.
- b) En el suelo rural *urbanizable*, además de las facultades que acabamos de indicar, el derecho a consulta a las Administraciones competentes sobre los criterios y previsio-

---

<sup>17</sup> De acuerdo con el art. 8.4 TRLS sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación.



nes de la ordenación urbanística, de los planes y proyectos sectoriales y de las obras que habrán de realizar para la conexión de la urbanización con las redes generales de servicios y, en su caso, para ampliar y reforzar las existentes fuera de la actuación. También el derecho de elaborar y presentar el instrumento de ordenación que corresponda, cuando la Administración no se haya reservado la iniciativa pública de la ordenación y ejecución; el derecho a participar en las operaciones de transformación urbanística en régimen de distribución equitativa de beneficios y cargas entre todos los propietarios en proporción a su aportación<sup>18</sup>; y la realización de usos y obras de carácter provisional que se autoricen por no estar expresamente prohibidos por la legislación territorial y urbanística, o la sectorial y sean compatibles con la ordenación urbanística.

- c) En el suelo *urbanizado*, además del derecho de consulta que acabamos de ver, de la posibilidad de realizar usos y obras provisionales, y del derecho a elaborar y presentar los pertinentes instrumentos de ordenación, los propietarios podrán completar las urbanizaciones de los terrenos para que cumplan con los requisitos y condiciones exigidos para poder proceder a su edificación. También podrán participar en la ejecución de actuaciones de transformación urbanística, siempre en régimen de equidistribución de beneficios y cargas, cuando proceda, o de distribución entre los afectados de los costes derivados de la ejecución y de los beneficios imputables a la misma. Por último, una vez culminadas las operaciones de transformación urbanística, los propietarios podrán edificar sobre una unidad apta para ello en los plazos establecidos por la normativa vigente y realizar las actuaciones necesarias para mantener la edificación, en todo momento, en un buen estado de conservación.

Por su parte, el artículo 9 establece que el derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones, comprende con carácter general, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística y conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso, y en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad universal y ornato legalmente exigibles, así como realizar obras adicionales por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación. Más concretamente, en el suelo que sea rural o esté vacante de edificación, el deber de conservarlo supone costear y ejecutar las obras necesarias para mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, así como daños o perjuicios a terceros o al interés general, incluidos los medioambientales; garantizar la seguridad o salud públicas; prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas en los términos dispuestos por su legislación específica; y asegurar el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo. Cuando el suelo en situación rural esté sometido al régimen de una actuación de transformación urbanística,

<sup>18</sup> La redacción actual del art. 8.3 TRLS, tras la reforma realizada por la LRRR, ha vuelto a introducir entre los propietarios de los suelos rurales susceptibles de pasar a la situación de suelo urbanizado el derecho a urbanizar, que no se contemplaba en la redacción inicial del TRLS.

el propietario deberá asumir, como carga real, la participación en los deberes legales de la promoción de la actuación, en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas, así como permitir ocupar los bienes necesarios para la realización de las obras, en su caso, al responsable de ejecutar la actuación, en los términos de la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. En el suelo en situación de urbanizado, el deber de uso supone el de completar la urbanización de los terrenos con los requisitos y condiciones establecidos para su edificación. Cuando la Administración imponga la realización de actuaciones de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas, el propietario tendrá el deber de participar en su ejecución en el régimen de distribución de beneficios y cargas que corresponda. Por último, en todo suelo en situación de urbanizado en que así se prevea por la ordenación urbanística y en las condiciones por ella establecidas, el propietario tendrá el deber de edificar en los plazos establecidos en la normativa aplicable.

Aunque la ordenación del territorio y el urbanismo es una materia de competencia autonómica en virtud del artículo 148.1.3ª C.E., el Estado ha procedido a regular mediante el Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, ciertos aspectos de su competencia que concurren directamente en la ordenación territorial y urbanística (los relativos a las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los correspondientes deberes constitucionales, las bases del régimen de las Administraciones Públicas, de la planificación general de la actividad económica y de protección del medio ambiente, legislación civil, defensa, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas -reglas 1ª, 4ª, 8ª, 13ª, 18ª y 23ª del artículo 149.1 C.E.-). Junto al régimen estatutario de la propiedad del suelo, con la regulación de sus situaciones básicas y su tratamiento en el Registro de la Propiedad, el TRLS regula cuestiones de gran importancia que aquí no podemos tratar: el régimen de las expropiaciones urbanísticas, los supuestos que dan lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y que se contemplan en su art. 35, y las reglas de valoración de terrenos, edificios y construcciones (arts. 21 a 28, que se han visto desarrollados por el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo).

### 3.2. Situaciones básicas del suelo

El TRLS establece, con carácter general para todo el territorio nacional, las situaciones básicas en que pueden encontrarse los suelos, así como el régimen jurídico de los derechos y deberes de los propietarios para cada tipo de suelo. Así la actual clasificación distingue entre *suelo urbanizado* y *suelo rural*, distinguiendo en éste último entre *suelo rural urbanizable* (o, como dice la Ley, suelo en situación rural para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado) y *suelo rural preservado*. Los planes urbanísticos redactados de conformidad con la legislación anterior se refieren a suelo urbano, no urbanizable y urbanizable, el cual podía ser programado o no programado. Cada clase de suelo, puede calificarse en función de los usos permitidos. Sobre todo el suelo urbanizado, que se puede calificar en residencial (unifamiliar o en altura), terciario, industrial, docente y cultural, etc. Por tanto, una cosa es la *clasificación* del suelo y otra su *calificación*. Debe tenerse en cuenta que la clasi-

ficación y calificación del suelo determinan los derechos y deberes de cada propietario y las condiciones de su utilización.

De acuerdo con lo que hemos dicho, el art. 12 TRLS regula las situaciones básicas en las que todo suelo se encuentra: el suelo rural o el suelo urbanizado.

Está en la situación de *suelo rural*:

- a) El suelo *preservado* por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.
- b) El suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o *permitan su paso a la situación de suelo urbanizado* (que es el que se ha conocido tradicionalmente como rural urbanizable) hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización, y cualquier otro que no reúna los requisitos para ser considerado suelo urbanizado.

En cambio, se encuentra en la situación de *suelo urbanizado* el que, estando legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte, cumpla alguna de las siguientes condiciones:

- a) Haber sido urbanizado en ejecución del correspondiente instrumento de ordenación.
- b) Tener instaladas y operativas, conforme a lo establecido en la legislación urbanística aplicable, las infraestructuras y los servicios necesarios, mediante su conexión en red, para satisfacer la demanda de los usos y edificaciones existentes o previstos por la ordenación urbanística o poder llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión con las instalaciones preexistentes. Tradicionalmente se ha entendido por las legislaciones urbanísticas autonómicas que la integración en esta red de dotaciones y servicios requiere una urbanización regular y efectiva, para lo que debe contar con: acceso rodado, suministro y evacuación de aguas -alcantarillado-, suministro de energía eléctrica, y, en muchas ocasiones, alumbrado público y encintado de aceras. El hecho de que el suelo sea colindante con carreteras de circunvalación o con vías de comunicación interurbanas no comportará, por sí mismo, su consideración como suelo urbanizado.
- c) Estar ocupado por la edificación, en el porcentaje de los espacios aptos para ella que determine la legislación de ordenación territorial o urbanística, según la ordenación propuesta por el instrumento de planificación correspondiente. Este es el suelo tradicionalmente considerado como *suelo urbano consolidado*, por constituir zonas aisladas sin urbanización terminada dentro de zonas urbanas, las cuales conviene integrar en la trama urbana. En estos caso, al afectar a superficies de tamaño reducido y al considerarse que la ciudad ya está terminada, los propietarios no suelen tener el deber

de realizar cesiones gratuitas a la Administración para zonas verdes, espacios libres o dotaciones públicas, sino que deben únicamente completar a su costa la urbanización necesaria para que sus terrenos alcancen, si aún no la tuvieran, la condición de solar, para lo que deberán contar con los servicios que hemos enumerado en la letra anterior.

También se considera suelo urbanizado el incluido en los núcleos rurales tradicionales legalmente asentados en el medio rural, siempre que la legislación de ordenación territorial y urbanística les atribuya la condición de suelo urbano o asimilada y cuando, de conformidad con ella, cuenten con las dotaciones, infraestructuras y servicios requeridos al efecto.

Por otro lado, la legislación estatal de suelo anterior establecía que, en los municipios sin planeamiento general, solo existen dos clases de suelo el urbano y el no urbanizable (es decir, el urbanizado y el rural preservado de su transformación). La nueva Ley de Suelo no se pronuncia al respecto, dejando en manos de las Comunidades Autónomas la posibilidad de que existan municipios sin planeamiento general o no. Así, en la Comunidad de Madrid, la Disposición Transitoria Tercera.5 de la Ley 9/2001 obliga a todos los municipios a formular el Plan General de Ordenación Municipal. En cambio, la legislación de Castilla-La Mancha (artículos 24.5, 25 y 48 LOTAU) permite que los pequeños municipios cuenten con una clasificación de suelo en la que se delimite lo urbano y el resto sea rústico.

### **3.3. Los deberes inherentes a las actuaciones de transformación urbanística**

La Ley de Suelo de 2008 regula en su artículo 14 lo que denomina *actuaciones de transformación urbanística*. Estas actuaciones podrán ser de urbanización, de dotación y de edificación y rehabilitación.

Para que el suelo rural que se conoce como urbanizable, es decir aquél para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, pueda transformarse en esta última categoría, es necesario que se lleve a cabo una actuación de transformación urbanística, que, en este caso será una *actuación de nueva urbanización*, cuya culminación permite considerar al suelo como urbanizado, por haberse creado junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente y conectadas funcionalmente con la red de los servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística. También serán actuaciones de urbanización las que tengan por objeto *reformular o renovar la urbanización* de un ámbito de suelo urbanizado. Estas actuaciones de urbanización se entenderán iniciadas en el momento en que, una vez aprobados y eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución que requiera la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para legitimar las obras de urbanización, empiece la ejecución material de éstas. En cambio, su terminación se producirá cuando concluyan las obras urbanizadoras de conformidad con los instrumentos que las legitiman, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas correspondientes. La terminación se presumirá a la recepción de las obras por la Administración o, en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras.

*Actuaciones de transformación urbanística de dotación* serán aquellas que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación de la urbanización de éste.

Por último se consideran *actuaciones edificatorias*, incluso cuando requieran obras complementarias de urbanización, tanto las de *nueva edificación* y de sustitución de la edificación existente, como las de *rehabilitación edificatoria*, entendiéndose por tales la realización de las obras y trabajos de mantenimiento o intervención en los edificios existentes, sus instalaciones y espacios comunes, en los términos dispuestos por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que regula los requisitos de calidad de los edificios y el régimen de los técnicos y agentes que en ellas han de intervenir.

Para cada tipo de actuación, el artículo 16 TRLS concreta una serie de deberes, que se vinculan tanto a la promoción de actuaciones de transformación urbanística como a la realización de actuaciones edificatorias.

De acuerdo con el art. 16.1 TRLS, las actuaciones de transformación urbanística de nueva urbanización comportan los siguientes deberes legales:

- a) Entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención<sup>19</sup>.
- b) Entregar a la Administración competente, y con destino al *patrimonio público de suelo*, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística. Con carácter general, el porcentaje a que se refiere el párrafo anterior no podrá ser inferior al 5 por ciento ni superior al 15 por ciento, aunque la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, hasta alcanzar un máximo del 20 por ciento en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega del suelo por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva que efectúa el art. 10.1.b) TRLS.

<sup>19</sup> En estas cesiones de suelo se incluirá, cuando el uso de la actuación de urbanización sea predominantemente el residencial, la cesión de los suelos que el instrumento de ordenación adscriba a la dotación pública de viviendas sometidas a algún régimen de protección, con destino exclusivo al alquiler, tanto en los supuestos en que así se determine por la legislación aplicable, como cuando de la memoria del correspondiente instrumento se derive la necesidad de contar con este tipo de viviendas de naturaleza rotatoria, y cuya finalidad sea atender necesidades temporales de colectivos con especiales dificultades de acceso a la vivienda.

- c) Costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas. Entre estas obras e infraestructuras, se entenderán incluidas las de potabilización, suministro y depuración de agua que se requieran, y, además, la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá incluir las infraestructuras de transporte público que se requieran para una movilidad sostenible.
- d) Entregar a la Administración competente, junto con el suelo correspondiente, las obras e infraestructuras a que se refiere la letra anterior, que deban formar parte del dominio público como soporte inmueble de las instalaciones propias de cualesquiera redes de dotaciones y servicios, así como también dichas instalaciones cuando estén destinadas a la prestación de servicios de titularidad pública.
- e) Garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él, en los términos establecidos en la legislación vigente.
- f) Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse.

Cuando se trate de las actuaciones de dotación, los deberes anteriores se exigirán con las siguientes salvedades:

- a) El deber de entregar a la Administración competente el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística, se determinará atendiendo sólo al incremento de la edificabilidad media ponderada que, en su caso, resulte de la modificación del instrumento de ordenación. Dicho deber podrá cumplirse mediante la sustitución de la entrega de suelo por su valor en metálico, con la finalidad de costear la parte de financiación pública que pudiera estar prevista en la propia actuación, o a integrarse en el patrimonio público de suelo, con destino preferente a actuaciones de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas.
- b) El deber de entregar a la Administración competente el suelo para dotaciones públicas relacionado con el reajuste de su proporción, podrá sustituirse, en caso de imposibilidad física de materializarlo en el ámbito correspondiente, por la entrega de superficie edificada o edificabilidad no lucrativa, en un complejo inmobiliario, situado dentro del mismo, o por otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

En relación con las actuaciones edificatorias serán exigibles, de conformidad con su naturaleza y alcance, los deberes de realojamiento y retorno de los ocupantes legales que sea preciso desalojar de los inmuebles afectados por la actuación, así como la indemnización a sus titulares por las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y por las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse.

No obstante todo lo anterior, con carácter excepcional y siempre que se justifique adecuadamente que no cabe ninguna otra solución técnica o económicamente viable, los instrumentos de ordenación urbanística podrán eximir del cumplimiento de los deberes de nuevas entregas de suelo que les correspondiesen, a actuaciones sobre zonas con un alto grado de degradación e inexistencia material de suelos disponibles en su entorno inmediato. La misma regla podrá aplicarse a los aumentos de la densidad o edificabilidad que fueren precisos para sustituir la infravivienda por vivienda que reúna los requisitos legalmente exigibles, con destino al realojamiento y el retorno que exija la correspondiente actuación.

Para garantizar su correcto cumplimiento, los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de *garantía real*, al cumplimiento de los deberes de los apartados anteriores, que se imponen con carácter general por el TRLS. Por tanto, la transmisión del bien o del derecho al aprovechamiento urbanístico no extingue la obligación de cumplir los deberes anteriores, que, siguiendo al bien o al citado derecho, se transmiten a los nuevos adquirentes. Estos deberes se presumen cumplidos con la recepción por la Administración competente de las obras de urbanización o de rehabilitación y regeneración o renovación urbanas correspondientes, o en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras, sin perjuicio de las obligaciones que puedan derivarse de la liquidación de las cuentas definitivas de la actuación.

#### **3.4. Urbanismo y registro de la propiedad**

Debemos tener en cuenta, que las cuestiones registrales relacionadas con las actuaciones urbanísticas han quedado previstas en los artículos 17, 19, 20 y 51 a 54 LS08, los cuales han sido objeto de modificación recientemente por la LRRR y antes por los artículos 24 y 25 del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio. Por Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se aprobaron las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

El artículo 17 TRLS se destina a la formación de fincas, parcelas y relación entre ellas. Su número 2 establece que la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Por ello, en la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. Igualmente, los notarios y registradores de la propiedad harán constar en la descripción de las fincas, en su caso, su cualidad de indivisibles. Su número 3 se refiere a la constitución de una o varias fincas en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario.

Como hemos dicho en el epígrafe anterior, los derechos y deberes sobre las propiedades inmobiliarias siguen al bien y no a la persona. Por ello, la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes legales del propietario conforme. En consecuencia, el nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior

propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real. Por ello, en las enajenaciones de terrenos deberá hacerse constar en el correspondiente título tanto la situación urbanística de los terrenos que tengan algún tipo de limitación (por no ser susceptibles de uso privado o edificación, contar con edificaciones fuera de ordenación o estar destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda), así como los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir, (art. 19 TRLS). La infracción de cualquiera de esas disposiciones, faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil. Es más, con ocasión de la autorización de escrituras públicas que afecten a la propiedad de fincas o parcelas, los notarios podrán solicitar de la Administración Pública competente información telemática o, en su defecto, cédula o informe escrito expresivo de su situación urbanística y los deberes y obligaciones a cuyo cumplimiento estén afectas (art. 19.4).

Por su parte, el art. 20 TRLS precisa los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas terminadas, impidiendo que puedan ser objeto de inscripción registral aquellas que, además de contar con la licencia de obras y la certificación técnica de que la obra se ajusta al proyecto, no posean la licencia de primera ocupación. Los Registradores exigirán, además, el cumplimiento de los requisitos que la Ley impone a los Notarios cuando procedan a autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción o de obra nueva terminada. Así, para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo. Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:

- a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios, básicamente el certificado final de obra y el seguro decenal en caso de viviendas -arts. 19.1.c), 20.1 y Disp. Adic. 2ª.1 LOE-.
- b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente –básicamente la licencia de primera ocupación, la licencia de actividad, en su caso, otras autorizaciones administrativas que resulten procedentes y el certificado de eficiencia energética exigido por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios-. Como más adelante se verá las licencias urbanísticas, como instrumentos de control, pueden ser sustituidos en ciertos casos por la sujeción de las actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los



documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad.

El artículo 51 TRLS enumera los actos que deben ser inscritos en el Registro de la Propiedad, con el fin de informar a terceros interesados de las actuaciones urbanísticas y administrativas que afecten a los terrenos inscritos. Así, entre otros, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad:

- a) Los actos firmes de aprobación de los expedientes de ejecución de la ordenación urbanística en cuanto supongan la modificación de las fincas registrales afectadas por el instrumento de ordenación, la atribución del dominio o de otros derechos reales sobre las mismas o el establecimiento de garantías reales de la obligación de ejecución o de conservación de la urbanización y de las edificaciones.
- b) Las cesiones de terrenos con carácter obligatorio en los casos previstos por las Leyes o como consecuencia de transferencias de aprovechamiento urbanístico.
- c) La incoación de expediente sobre disciplina urbanística o restauración de la legalidad urbanística, o de aquéllos que tengan por objeto el apremio administrativo para garantizar, tanto el cumplimiento de las sanciones impuestas, como de las resoluciones para restablecer el orden urbanístico infringido.
- d) Las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativa, en los términos previstos por las Leyes.
- e) Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.
- f) La interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención.
- g) Los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación de los anteriores instrumentos o actos de intervención, cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento.
- h) Cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas.

En todo caso, en la incoación de expedientes de disciplina urbanística que afecten a actuaciones por virtud de las cuales se lleve a cabo la creación de nuevas fincas registrales por vía de parcelación, reparcelación en cualquiera de sus modalidades, declaración de obra nueva o constitución de régimen de propiedad horizontal, la Administración estará obligada a acordar la práctica en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva. De no hacerlo, la omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de esta anotación preventiva dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe los daños y perjuicios causados.

Salvo en los casos que la legislación establezca otra cosa, los actos a los que nos acabamos de referir podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad mediante certificación

administrativa expedida por órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar en la forma exigida por la legislación hipotecaria las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo (art. 52 TRLS).

### 3.5. Hacia un urbanismo sostenible

En los últimos años ha cobrado una importancia fundamental el *principio de desarrollo urbanístico sostenible*, sobre todo después de incorporarse a la regulación contenida en el TRLS, que en su Exposición de Motivos considera: “hoy parece claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente”. El texto legal sigue recordando, en su artículo 5, el deber de todo ciudadano de respetar y contribuir a preservar el medio ambiente, y el de cumplir los requisitos y condiciones a que la legislación sujete las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, empleando en ellas en cada momento las mejores técnicas disponibles conforme a la normativa aplicable. Pero, lo más importante de la Ley es su artículo 2 que recoge el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, en virtud del cual las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible. Para ello, dichas políticas deben propiciar un uso racional de los recursos naturales, armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo, entre otros, a la prevención y reducción de la contaminación, a la prevención de riesgos y peligros para la seguridad y salud públicas o a la protección, adecuada a su carácter del medio rural preservando los valores de los suelos que no resulten idóneos o necesarios para atender las necesidades de transformación urbanística.

Nos encontramos ante un principio orientador, -un tanto idealista en estos momentos y que recuerda muchos de los preceptos constitucionales que no son fáciles de aplicar en la práctica cuando hay dificultades económicas-, cuyos objetivos deben ser realmente prioritarios para los poderes públicos. En consecuencia, deberán adoptar las medidas de ordenación territorial y urbanística que procedan para asegurar un desarrollo urbanístico equilibrado, favoreciendo o conteniendo, según proceda, los procesos de ocupación y transformación del suelo y buscando un modelo urbanístico que consuma el suelo realmente necesario. En particular, los poderes públicos propiciarán la consecución de un medio urbano que esté suficientemente dotado, en el que se ocupe el suelo de manera eficiente, y en el que se combinen los usos de forma funcional, garantizando, en particular los siguientes objetivos:

- a) La movilidad en coste y tiempo razonable, sobre la base de un adecuado equilibrio entre todos los sistemas de transporte, que, no obstante, otorgue preferencia al transporte público y colectivo y potencie los desplazamientos peatonales y en bicicleta.
- b) La accesibilidad universal, de acuerdo con los requerimientos legales mínimos, de los edificios de uso privado y público, de los espacios de uso público y de los transportes públicos.

- c) El uso eficiente de los recursos y de la energía, preferentemente de generación propia, así como la introducción de energías renovables.
- d) La prevención y, en todo caso, la minimización en la mayor medida posible, por aplicación de todos los sistemas y procedimientos legalmente previstos, de los impactos negativos de los residuos urbanos y de la contaminación acústica.

El artículo 15 TRLS ha venido a regular lo que denomina evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, articulando distintas medidas, especialmente en la fase de elaboración del planeamiento, para garantizar la viabilidad y sostenibilidad tanto ambiental como económica de los planes urbanísticos que se van a desarrollar, pero a él nos referiremos más adelante. También se han referido al desarrollo urbanístico sostenible algunas legislaciones autonómicas. Así, el artículo 3 del **Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, lo define** como la utilización racional del territorio y el medio ambiente, que comporta combinar las necesidades de crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales, en orden a garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras. Ya que el suelo es un recurso limitado, un desarrollo urbanístico sostenible implica la configuración de modelos de ocupación del suelo que eviten la dispersión territorial, favorezcan la cohesión social, consideren la rehabilitación y la renovación en suelo urbano, atiendan la preservación y la mejora de los sistemas de vida tradicionales en las áreas rurales y consoliden un modelo de territorio globalmente eficiente. De manera similar, el artículo 3 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, dispone que la función pública urbanística debe asegurar el uso racional y sostenible de los recursos naturales y definir un modelo territorial que propicie los procesos de producción y consumo favorecedores del carácter sostenible y duradero del desarrollo económico y social, y promueva la integración de las exigencias propias del medio ambiente en las políticas públicas y en las actividades privadas para salvaguardar la transmisión intergeneracional de un patrimonio colectivo, natural y urbano, saludable y equilibrado. Por citar un último ejemplo, la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León promueve un desarrollo urbano sostenible. La Exposición de Motivos recoge entre los objetivos de la Ley el de incorporar a la actividad urbanística, entre otros, el principio de protección del medio ambiente y del patrimonio. En este sentido manifiesta: «No es fácil traducir en legislación estas intenciones, cuando el contexto social aún identifica desarrollo económico con urbanización, progreso social con producción y consumo de usos urbanos. Sin embargo esta Ley aborda con especial interés la relación entre urbanismo, desarrollo sostenible y cohesión social, y asumiendo los principios recogidos en los Títulos XIV y XVI del Tratado de la Unión Europea y en otros documentos como la Declaración de Río, el Libro Verde del Medio Ambiente Urbano o la Carta Europea de las Ciudades Sostenibles, considera que el suelo, el territorio, es un patrimonio colectivo que ha de ser utilizado de forma equilibrada y sostenible para legarlo a las generaciones futuras». Asimismo, el artículo 4 de la Ley entiende que la actividad urbanística pública debe favorecer en Castilla y León el establecimiento de una ordenación urbanística guiada por el principio de desarrollo sostenible, para lo que deben impulsarse diversas medidas.

La formulación de este principio, obliga a los municipios a justificar sus decisiones, cuando llevan a cabo instrumentos de planeamiento urbanístico, en torno a la idea de

sostenibilidad. Debemos, sin embargo, ser conscientes de la dificultad de aplicación real y efectiva de este principio, que no siempre es compatible con el logro de beneficios económicos a corto plazo.

## **4. El planeamiento urbanístico como técnica de ordenación de los suelos del municipio y de delimitación del contenido urbanístico del derecho de propiedad**

### **4.1. El planeamiento urbanístico. Naturaleza de los planes**

El sistema de planeamiento es la base sobre la que se asienta el Derecho Urbanístico. Como decía la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1956 “el planeamiento es la base necesaria y fundamental de toda ordenación urbana”. Los planes prefiguran y anticipan lo que, al cabo del tiempo, será la ciudad o el concreto espacio territorial por ellos considerados<sup>20</sup>. Para ordenar los suelos de la forma más eficaz posible para el interés general hacen falta unos instrumentos que diseñen su mejor distribución y utilización. Los instrumentos más importantes son los planes urbanísticos, que tratan de ordenar los suelos pensando en las necesidades futuras y en los problemas del presente. La *idea de ordenación mediante técnicas de planificación* es, pues, central en el urbanismo. Una planificación adecuada repercutirá directamente sobre la calidad de vida de los ciudadanos del municipio y, a la inversa, una mala planificación urbanística conllevará consecuencias muy negativas y provocará problemas que serán muy difíciles de solucionar en el futuro, ya que de su ejecución se generarán obras e infraestructuras muy difícilmente modificables.

Dentro del ámbito municipal, el sistema de planeamiento continúa siendo un sistema jerarquizado compuesto por un plan que ordena de forma general todo el término municipal, por debajo del cual se van elaborando otros instrumentos parciales, de alcance más limitado, que contienen la regulación estructurante o de desarrollo del plan general. Éstos a su vez pueden ser objeto de desarrollos más específicos en aspectos de detalle. Por tanto, el instrumento más importante de planeamiento es el Plan General de Ordenación Municipal, al que deben ajustarse los restantes planes e instrumentos urbanísticos, que, a su vez, aparecen como desarrollo unos de otros, de forma que el inferior no puede contravenir aquél del que trae causa.

El contenido de los planes es muy amplio y diverso. Contienen, lógicamente, planos tanto generales como de detalle. También contienen informes, gráficos, fotografías, un programa de actuación que fija su implantación progresiva en el tiempo, fichas de datos complementarios, como por ejemplo de los edificios catalogados o de los espacios protegidos, y un estudio económico-financiero sobre la viabilidad de la ordenación que se planifica, que debe concretar las previsiones de los medios económicos necesarios. Deben contener un informe de análisis o evaluación ambiental, sobre sus efectos en el medio ambiente. Entre otros documentos, hemos de destacar dos: la Memoria y las determinaciones de contenido jurídico, que en muchos Ayuntamientos pasan a integrar las Ordenanzas urbanísticas. La primera constituye la motiva-

---

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón; *Manual de Derecho Urbanístico*. Op. cit. pág. 46.

ción de cada una de las decisiones estratégicas que se contienen en el Plan, es decir, por qué el planificador elige una entre distintas opciones posibles como la más adecuada para el modelo territorial que se diseña. Estamos por tanto ante un elemento esencial de cualquier instrumento de planeamiento, dado que es la principal herramienta jurídica que tienen los Tribunales para controlar la amplia discrecionalidad del plan y, por tanto, para evitar arbitrariedades. Por su parte, las ordenanzas urbanísticas contienen las distintas determinaciones sobre cada clase y categoría de suelo, incluyendo el régimen jurídico de los usos permitidos. Por ello podemos encontrarnos con Ordenanzas de Urbanización y Ordenanzas de Edificación y Construcción. Nos encontramos, pues, ante la parte esencialmente jurídica del plan, que, dentro del marco que proporcionan la normativa estatal y la autonómica, condiciona los derechos y deberes de los propietarios de los suelos. Por ello se dice que la naturaleza jurídica de los planes es una naturaleza normativa, concretamente con valor de Reglamento, aunque esta afirmación general hay que ceñirla más propiamente a estas Ordenanzas que al resto de la documentación gráfica del Plan, que sólo sirve de apoyo para su interpretación.

La regulación de la potestad de planeamiento y de los distintos instrumentos de ordenación urbanística corresponde casi por entero a las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1.3ª C.E.). Además de a esta regulación autonómica y a la legislación urbanística estatal, como ya hemos dicho, los instrumentos municipales de planeamiento urbanístico se ven sometidos a otros instrumentos de carácter supra-municipal como son los instrumentos de ordenación del territorio y a otras vías de planificación sectorial (por ejemplo los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales).

#### **4.2. La actividad de planeamiento y las determinaciones de los planes**

La actividad de planeamiento urbanístico es una *potestad administrativa*, cuyo ejercicio corresponde a la Administración urbanística que la tenga atribuida en cada caso. Dicha potestad comprende las siguientes facultades (art. 5 LSCAM):

- a) Elaborar, formular, tramitar y aprobar instrumentos de planeamiento urbanístico general y de desarrollo.
- b) Establecer el destino y uso del suelo y su régimen urbanístico de utilización mediante su clasificación.
- c) Concretar, mediante su calificación, el régimen urbanístico del suelo con delimitación del contenido del derecho de propiedad.
- d) Determinar las condiciones, organizar y programar la actividad de ejecución, tanto la de urbanización, como la de edificación y construcción en general, así como la de conservación del patrimonio urbano y arquitectónico existente y, en su caso, su rehabilitación.

La potestad de planeamiento urbanístico se ejerce en coordinación con las atribuidas por las leyes a otras Administraciones para la gestión de intereses públicos específicos cuya realización condicione o limite el destino o la utilización del suelo o requiera la transformación o la ocupación de éste, integrando espacialmente todas las acciones públicas relevantes territorialmente y articulando éstas con las privadas.

La ordenación urbanística de un municipio está constituida por el conjunto de determinaciones o condiciones normativas que establezcan los distintos instrumentos de planeamiento. En la Comunidad de Madrid, aunque su esquema es trasladable con ciertas singularidades a otras Comunidades Autónomas, los instrumentos de planeamiento se clasifican en dos grupos de Planes de Ordenación Urbanística:

- a) De *planeamiento general*, que comprende los siguientes instrumentos:
  - 1º Planes Generales.
  - 2º Planes de Sectorización, con una función similar a lo que en otras Comunidades se denominan Programas de Actuación Urbanística.
- b) De *planeamiento de desarrollo*, que comprende los siguientes instrumentos:
  - 1º Planes Parciales.
  - 2º Planes Especiales.
  - 3º Estudios de Detalle.
  - 4º Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos.

Las determinaciones de la ordenación urbanística municipal pueden ser bien de carácter vertebrador o estructurante, o bien de carácter pormenorizado o de detalle. Las determinaciones estructurantes son las establecidas y alteradas por los instrumentos de planeamiento general. Las determinaciones pormenorizadas habrán de desarrollar, sin contradecirlas, las estructurantes que correspondan y se establecerán por el planeamiento de desarrollo.

Son *determinaciones estructurantes* de la ordenación urbanística aquellas mediante las cuales se define el modelo de ocupación, utilización y preservación del suelo objeto del planeamiento general, así como los elementos fundamentales de la estructura urbana y territorial y de su desarrollo futuro. Entre ellas podemos señalar las siguientes (art. 35.2 LSCAM):

- a) El señalamiento de la clasificación y, en su caso, categoría del suelo.
- b) La definición de los elementos estructurantes de los sistemas de redes públicas, en especial de la red supramunicipal y de la general.
- c) La división del suelo en áreas homogéneas, ámbitos de actuación o sectores, con el señalamiento para cada uno de sus criterios y condiciones básicas de ordenación: Usos globales, áreas de reparto, edificabilidades y aprovechamientos urbanísticos.
- d) El régimen de usos del suelo no urbanizable de protección.

En cambio, son *determinaciones pormenorizadas* de la ordenación urbanística aquellas que tienen el grado de precisión suficiente para legitimar la realización de actos concretos de ejecución material. Entre otras cabe citar (art. 35.4 LSCAM):

- a) La definición detallada de la conformación espacial de cada área homogénea, ámbito de actuación o sector y, especialmente en suelos urbanos y urbanizables, de alineaciones y rasantes.
- b) Las condiciones que regulan los actos sobre las parcelas y las que deben cumplir éstas para su ejecución material.
- c) La regulación del tipo de obras admisibles y las condiciones que deben cumplir las edificaciones, las construcciones en general, las instalaciones y las urbanizaciones.

- d) El régimen normativo de usos pormenorizados e intervenciones admisibles y prohibidas, así como las condiciones que deben cumplir para ser autorizadas.
- e) La definición de los elementos de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos que conforman las redes locales, completando las redes generales y supramunicipales pero sin considerarse parte de ellas.
- f) La delimitación, cuando proceda, de unidades de ejecución y la asignación de los sistemas de ejecución.
- g) Las que no estén expresamente calificadas por el planeamiento general como determinaciones estructurantes de la ordenación urbanística.

A continuación, la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid concreta en qué consisten las distintas determinaciones sobre redes públicas (supramunicipales, generales y locales), sobre división del suelo, sobre usos del suelo, sobre las edificabilidades y aprovechamientos urbanísticos, y sobre las zonas urbanísticas de ordenación pormenorizada. Veamos algún ejemplo.

El art. 36 LSCAM, relativo a las determinaciones sobre las redes públicas, entiende por red pública el conjunto de los elementos de las redes de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos que se relacionan entre sí con la finalidad de dar un servicio integral. Los elementos de cada red, aun estando integrados de forma unitaria en la misma, son susceptibles de distinguirse jerárquicamente en tres niveles:

- a) Los que conforman la red supramunicipal, que son aquellos cuya función, uso, servicio y/o gestión se puede considerar predominantemente de carácter supramunicipal y, por tanto, propia de las políticas de la Administración del Estado o de la Comunidad de Madrid.
- b) Los que conforman la red general, que son aquellos cuya función se limita al uso y servicio de los residentes en el municipio y gestión de su propio espacio, pero sin ser claramente adscribibles a ningún área homogénea, ámbito de actuación, sector o barrio urbano o rural concreto, ni tampoco al nivel supramunicipal.
- c) Los que conforman la red local o de zona, que son aquellos cuya función se puede limitar al uso, servicio y gestión predominante de los residentes en un área homogénea, ámbito de actuación, sector o barrio urbano o rural concreto.

El conjunto de los elementos de la red pública puede dividirse, desde el punto de vista funcional, en los siguientes sistemas de redes:

- a) Redes de infraestructuras, que comprenden, a su vez:
  - 1º Red de comunicaciones, tales como viarias, ferroviarias, portuarias, aeroportuarias y telefónicas.
  - 2º Red de infraestructuras sociales, tales como abastecimiento, saneamiento y depuración.
  - 3º Red de infraestructuras energéticas, tales como eléctricas y gasísticas.
- b) Redes de equipamientos, que comprenden, a su vez:
  - 1º Red de zonas verdes y espacios libres, tales como espacios protegidos regionales, parques municipales y urbanos, jardines y plazas.

2º Red de equipamientos sociales, tales como educativos, culturales, sanitarios, asistenciales, deportivos, recreativos y administrativos.

c) Redes de servicios, que comprenden, a su vez:

1º Red de servicios urbanos, tales como suministro de agua, alcantarillado, suministro de energía eléctrica, alumbrado público, servicio telefónico, acceso rodado y aparcamientos.

2º Red de viviendas públicas o de integración social.

Como es lógico, el sistema de redes supramunicipales sólo podrá ser establecido por el planeamiento regional territorial o, en su defecto, por el planeamiento general. El sistema de redes generales deberá definirse en la ordenación estructurante respecto al conjunto del Municipio, de forma que cada una tenga las dimensiones y características suficientes para satisfacer adecuadamente las necesidades sociales actuales y potenciales. A tales efectos, y por referencia a la capacidad total máxima de los suelos urbanos no consolidados y urbanizables y respecto a un módulo de 100 metros cuadrados de superficie edificable de cualquier uso, excepto el industrial, deberán cederse 20 metros cuadrados por dicho concepto, cuyo destino será fijado por dichas necesidades. El sistema de redes locales de un municipio se establecerá normalmente por la ordenación pormenorizada y se dimensionará respecto a cada ámbito de actuación o sector y/o unidad de ejecución atendiendo a las necesidades de la población prevista y de complementariedad respecto a las respectivas redes generales y supramunicipales.

Al igual que ya contemplaba el art. 13 TR76, las leyes urbanísticas autonómicas prevén lo que se denominan *estándares urbanísticos mínimos*, es decir unas reservas de suelo con carácter de mínimos, y que por tanto pueden ampliarse por el plan, que han de destinarse a equipamientos e infraestructuras con el fin de garantizar una calidad de vida de los futuros habitantes de los suelos y asegurar la adecuada cobertura de las necesidades y demandas de la ordenación resultante. Como vamos a ver a continuación, esas reservas se establecen en función de los metros cuadrados de edificaciones, normalmente residenciales, del sector o ámbito de suelo en que nos encontremos. Así, además de la reserva del 20 metros cuadrados por cada 100 metros cuadrados de superficie edificable que el artículo 36.5 LSCAM establecía para redes generales, el artículo 36.6 LSCAM establece que, «en cada ámbito de suelo urbano no consolidado o sector y/o unidad de ejecución de suelo urbanizable no destinados a uso industrial, se cumplirán las siguientes condiciones mínimas:

- a) La superficie total en el ámbito o sector y/o unidad de ejecución de elementos de las redes locales de equipamientos y/o infraestructuras y/o servicios será de 30 metros cuadrados por cada 100 metros cuadrados construidos.
- b) Del total de la reserva resultante de cumplir el apartado anterior, al menos el 50 por 100 deberá destinarse a espacios libres públicos arbolados.
- c) Por cada 100 metros cuadrados edificables o fracción de cualquier uso deberá preverse, como mínimo, una plaza y media de aparcamiento, siempre en el interior de la parcela privada. La dotación mínima de plazas de aparcamiento deberá mantenerse aunque se modifique el uso.
- d) Los estándares del apartado anterior sobre reservas de aparcamiento no serán de aplicación en los siguientes supuestos:



1.º Cuando, por razones de congestión y densidad de los centros urbanos, el instrumento de planeamiento general establezca límites máximos a las plazas de aparcamiento privado o público para comercios, espectáculos y oficinas.

2.º Cuando, por las condiciones de accesibilidad o las dimensiones de las manzanas o parcelas existentes, las Ordenanzas municipales eximan de la obligatoriedad de plaza de garaje en el propio edificio; en tal supuesto, los requerimientos de aparcamiento deberán suplirse en otro lugar.

- e) Los estándares de la anterior letra b) no serán de aplicación cuando se trate de vivienda que cuente con zonas verdes o espacios libres privadas al menos en la misma cuantía que la cesión a la que estaría obligada. En el caso de que no se alcanzara, se cederá hasta completarla.
- f) En suelo urbano, el deber de cesión de suelo recogido en la letra a) podrá satisfacerse mediante el pago de su equivalente en dinero, cuando dentro del ámbito de actuación no se disponga de la superficie necesaria para ello. Dicho deber se cumplirá en el momento del otorgamiento de la licencia de obra y, en su caso, licencia de actividad».

Estos estándares para redes locales podrán reducirse hasta alcanzar valores iguales o superiores al 80 % de los mismos por Orden motivada del Consejero competente en materia de ordenación urbanística, dictada previo informe de la Administración responsable del servicio afectado y de la Comisión de Urbanismo de Madrid, sobre sectores en los que concurra cualquiera de los supuestos siguientes (art. 36.7 LSCAM):

- a) Que tengan como uso característico el turístico, recreativo y/o residencial estacional, tipología edificatoria aislada y bajas densidad y edificabilidad, además de presentar autonomía suficiente respecto de cualesquiera otros. En tal caso, para admitirse la reducción de la superficie de redes locales, deberán preverse servicios y dotaciones privadas especialmente significativas o concurrir condiciones medioambientales excepcionales.
- b) Que se corresponda con una actuación para el establecimiento de complejos industriales aislados, en cuyo caso se aplicarán las mismas condiciones que en el apartado anterior.
- c) Que, por sus características y sin merma de la coherencia de la ordenación, requiera redes viarias de grandes dimensiones; en tales casos, el exceso de superficie viaria respecto a las proporciones normales en otros ámbitos o sectores podrá ser compensado reduciendo los mínimos exigidos en la presente Ley para cualesquiera de las otras redes, siempre que los valores finales no resulten inferiores al 90 por 100 de los estándares correspondientes.

También el art. 38 LSCAM contiene algunas determinaciones sobre los usos del suelo, que condicionan la ordenación urbanística que la Administración municipal realice a través de los instrumentos de planeamiento. Así, el art. 38.1 entiende por uso global de un suelo el destino funcional que el planeamiento urbanístico le atribuye en relación al conjunto del término municipal. A continuación obliga a que, sobre cada área homogénea, ámbito de suelo urbano y sector de suelo urbanizable se establezca, con el carácter de determinación estructurante de la ordenación urbanística, el uso global, de forma que

se caracterice sintéticamente el destino conjunto del correspondiente suelo. Para ello el párrafo segundo dispone en suelo urbanizable sectorizado y no sectorizado como mínimo el 30 por 100 de la edificabilidad residencial deberá destinarse a viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Los planes generales podrán motivadamente modificar estos porcentajes, manteniendo el porcentaje global y el principio de cohesión social.

En fin, el art. 39 LSCAM contiene también reglas sobre las determinaciones relativas a las edificabilidades y los aprovechamientos urbanísticos. Dada su complejidad nos remitimos a la lectura de este precepto, aunque destacando que el párrafo 8 de este precepto, introducido por la Ley 3/2007, de 26 de julio, contiene una medida muy llamativa, pues dispone que, con carácter general, no podrá edificarse con una altura superior a tres plantas más ático, incluida la baja, plantas retranqueadas y semisótanos que sobresalgan más de un metro, de manera que la edificación resultante no exceda de dichas tres plantas más ático en todos y cada uno de los puntos del terreno, sin perjuicio de las demás limitaciones que sean aplicables. No obstante lo anterior y con carácter excepcional, la Ley atribuye a los Ayuntamientos la facultad discrecional para autorizar la construcción de edificios singulares con una altura superior a la indicada en el párrafo primero, cuando concurren circunstancias especiales debidamente apreciadas y motivadas. Cuando esta autorización suponga la modificación del planeamiento vigente, será preciso el informe previo y favorable de la Comisión de Urbanismo de Madrid.

#### **4.3. Clases de instrumentos municipales de planeamiento urbanístico**

##### **a) Los planes generales de ordenación municipal**

Los Planes Generales de Ordenación Municipal (PGOM), también conocidos como los Planes Generales de Ordenación Urbana (PGOU) constituyen el elemento decisivo de ordenación de los municipios que han alcanzado un mínimo grado de desarrollo urbanístico. En el escalón municipal, que es en el que se ha desarrollado nuestra ya larga experiencia urbanística, los planes generales son la pieza decisiva. Su dimensión e importancia varía, pues no es lo mismo la ordenación urbanística de una ciudad como Madrid o Barcelona que la de otra que cuente con sólo 50.000 habitantes. Su funcionalidad específica y el grado de concreción de sus determinaciones también varía en función del tipo de suelo que esté ordenando, pues lógicamente no entra en diseñar desarrollos de terrenos que no se sabe si van a tenerse que desarrollar en algún momento y ello se deja a otros instrumentos de planeamiento más concretos. Sin embargo, la ordenación de los suelos urbanizados y la protección de los rurales preservados o no urbanizables sí que debe ser abordada, salvo en sus aspectos de mayor detalle, por estos planes generales. Por ello, se entiende que en suelo urbano o urbanizado, el Plan General se comporta como un auténtico plan parcial o plan de detalle. En el suelo rural preservado este plan establece las medidas y condiciones apropiadas para la conservación y protección de todos y cada uno de sus elementos naturales (suelo, flora, fauna y paisaje), a fin de evitar su degradación.

Con independencia de estas determinaciones específicas para cada clase de suelo, el Plan General debe establecer la estructura general y orgánica del territorio y, en particular, los siste-

mas generales de comunicación, de espacios libres y de equipamiento comunitario, así como las medidas adecuadas para la protección del medio ambiente, la conservación de la naturaleza y la conservación de los conjuntos urbanos e históricos. Por tanto, le corresponde fijar el modelo territorial del municipio, es decir, decidir la estructura básica de su territorio y concretar las reglas más importantes sobre las que se asienta. En consecuencia, entre sus funciones más importantes se encuentran la clasificación de los suelos del municipio y la regulación de los usos y actividades que en los mismos se van a desarrollar. Con ello define el régimen de derechos y deberes de los propietarios de cada suelo, que podrá completarse, en aquellos suelos que sean objeto de transformaciones urbanísticas, con la ordenación más concreta que establezcan los instrumentos de planeamiento que con tal fin se adopten.

El artículo 41 LSCAM define los Planes Generales como los instrumentos básicos para formular las políticas urbanísticas municipales de conformidad con el planeamiento territorial y establece que deberán abarcar términos municipales completos. Para cumplir su función, el plan habrá de:

- a) Fijar los objetivos y estrategias globales para el desarrollo sostenible del territorio municipal, de conformidad con el planeamiento de ordenación territorial y de forma concertada con el planeamiento general de los municipios colindantes.
- b) Preservar los suelos no urbanizables de protección de su posible transformación mediante la urbanización y de su deterioro o degradación en cualquier otra forma.
- c) Articular la ordenación urbanística necesaria y previsible en los espacios susceptibles de desarrollo urbanístico, indicando el esquema global de usos del suelo y de las redes públicas.
- d) Precisar los ámbitos territoriales y las determinaciones concretas de ordenación pormenorizada cuya definición debe ser establecida por instrumentos de planeamiento de desarrollo, estableciendo, en su caso, las instrucciones pertinentes que deben respetarse en su formulación.
- e) Ordenar los espacios urbanos teniendo en cuenta la complejidad de usos y actividades que caracteriza la ciudad y la estructura histórica y social de su patrimonio urbanístico, y prever las intervenciones de reforma, renovación o rehabilitación que precise el tejido urbano existente.
- f) Organizar y programar la gestión de su ejecución.

En cuanto a su contenido sustantivo, el art. 42 LSCAM dispone que el Plan General establecerá, sobre la *totalidad del término municipal*, todas las determinaciones estructurantes de la ordenación urbanística, para lo cual habrá de cumplir las siguientes precisiones:

- a) La totalidad del suelo municipal estará adscrito a todas o algunas de las clases y categorías de suelo, incluyendo los espacios que califique como elementos integrantes de cualquier red pública de infraestructuras, equipamientos o servicios públicos. Por tanto, el plan habrá de clasificar todos los suelos del municipio.
- b) Habrá de justificarse expresamente, para cada una de las redes públicas, la suficiencia y funcionalidad de los elementos que se califican como integrantes de la misma. Tal justificación se hará en relación con la densidad global máxima o techo de capacidad de carga sostenible del territorio en función del conjunto de los usos previstos y previsibles.

- c) Deberá justificar expresamente la idoneidad de las divisiones en áreas homogéneas, ámbitos de actuación y sectores resultantes tanto en los suelos urbanos como en los urbanizables sectorizados. El suelo no urbanizable de protección estará dividido en los espacios que, en función de sus características y requerimientos específicos, resulten necesarios a efectos del establecimiento de condiciones diferenciadas de ordenación. En ambos casos, se delimitarán específicamente aquellos que hayan de ser el ámbito de un Plan Especial a fin de completar la ordenación urbanística pormenorizada.

En el *suelo no urbanizable de protección* el Plan General establecerá, en principio, todas las determinaciones pormenorizadas de la ordenación urbanística, que resulten necesarias para garantizar su desarrollo equilibrado, integral y sostenible conforme a las características del espacio rural y para preservar los valores que justifican su protección.

Tanto en los suelos clasificados como *suelo no urbanizable de protección como suelo urbanizable no sectorizado*, el Plan General enumerará las actuaciones que, siendo admisibles de acuerdo al régimen normativo general, hayan de autorizarse mediante calificación urbanística, estableciendo, en su caso, las condiciones complementarias que deben observarse en la tramitación de aquéllas.

La totalidad del *suelo urbano* deberá ser dividida por el Plan General en áreas homogéneas y ámbitos de actuación. Dentro de cada área y ámbito, con base en los objetivos y criterios urbanísticos, el Plan General habrá de adscribir la totalidad de los terrenos a las categorías primarias de suelo urbano consolidado o suelo urbano no consolidado. Hecho esto, sobre cada área homogénea y ámbito se establecerán las siguientes determinaciones:

- a) El señalamiento, con el carácter de determinación estructurante, del uso global y el coeficiente de edificabilidad, en cumplimiento de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 38 y 39 LSCAM.
- b) La definición de los coeficientes en que se fijen las relaciones de ponderación u homogeneización entre todos los usos pormenorizados. El Plan General deberá justificar expresamente las variaciones de coeficientes entre áreas distintas.
- c) La delimitación de todos aquellos elementos que sean necesarios para completar las redes públicas en la escala local. El Plan General habrá de justificar, con base en las limitaciones de la realidad urbanística existente en cada área, que se aproxima lo más posible a los estándares establecidos en el art. 36.6 LSCAM para el establecimiento de sistema de redes locales. En las áreas en que no se alcancen los estándares citados no podrán establecerse determinaciones de ordenación que supongan aumentos de edificabilidad respecto a las condiciones existentes previas al Plan.
- d) La delimitación de los núcleos o áreas históricas tradicionales o características, sobre las que deba establecerse una normativa que excluya la sustitución o alteración indiscriminadas de la edificación y los usos e imponga que las nuevas edificaciones y usos armonicen con la tipología histórica o existente.
- e) La totalidad de las determinaciones de ordenación pormenorizada necesarias para legitimar la ejecución de los actos e intervenciones, incluyendo, al menos, las enumeradas en el artículo 35.4 LSCAM al que antes nos hemos referido. No obstante, se

admitirá que el Plan General no establezca la completa ordenación pormenorizada sobre los siguientes ámbitos de suelo urbano:

1º Aquellos conjuntos históricos o tradicionales sobre los que convenga formular un Plan Especial a fin de detallar la ordenación pormenorizada en aras a su protección patrimonial y recuperación funcional.

2º Piezas concretas de suelo urbano consolidado, sean manzanas o incluso solares individuales, sobre las que se propone una ordenación singular, de forma que, previamente a autorizar actos de ejecución en las mismas, sea necesario formular algún instrumento urbanístico de desarrollo al que se remite la fijación de alguna o varias de las determinaciones de ordenación pormenorizada.

3º Elementos calificados como integrantes de redes públicas supramunicipales o generales que, por tener notable dimensión y especial complejidad, requieran ser ordenados pormenorizadamente a través del Plan Especial correspondiente.

Además de las ya señaladas con carácter general y para cada clase de suelo, el Plan General deberá contener, cuando proceda, las siguientes *determinaciones complementarias*:

- a) El tratamiento, conforme a su legislación reguladora, de los bienes de dominio público no municipal, así como de los espacios naturales protegidos comprendidos total o parcialmente en el territorio ordenado, respetando el régimen que para los mismos se haya establecido en sus respectivas declaraciones.
- b) La ordenación precisa de los centros cívicos y los establecimientos comerciales, terciarios y de espectáculos que, por sus características o por las actividades a que se destinen, tengan un impacto específico en el tejido urbano, sean susceptibles de generar tráfico, generen demandas especiales de aparcamiento o creen riesgos para la seguridad pública, así como de los establecimientos e instalaciones que, por razón de las sustancias que almacenen, manipulen o procesen, comporten riesgo de accidentes mayores.
- c) La catalogación de bienes inmuebles y el establecimiento de las medidas pertinentes de protección, de conformidad con la política de conservación del patrimonio cultural y arquitectónico.
- d) La delimitación de reservas de terrenos de posible adquisición para la constitución o ampliación de patrimonios públicos de suelo.
- e) La organización de la gestión y la ejecución de la ordenación estructurante.

Por último, el artículo 43 LSCAM enumera los documentos que deben formalizar el contenido de los Planes Generales, entre los que se encuentran los siguientes:

- a) Una memoria en la que deberá recogerse toda la información relevante para la adopción del modelo definido, exponerse el proceso seguido para la selección de alternativas y la toma de decisiones, así como justificarse la ordenación establecida, especialmente a la luz de su evaluación ambiental, que se unirá como anexo.
- b) El estudio de viabilidad, en el que se justificará la sostenibilidad del modelo de utilización del territorio y desarrollo urbano adoptado, así como su viabilidad en función de las capacidades de iniciativa y gestión y las posibilidades económicas y financieras, públicas y privadas, en el término municipal.

- c) El informe de análisis ambiental, que deberá realizarse teniendo en cuenta la normativa sobre Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas, recogida en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.
- d) Planos conteniendo los recintos de la ordenación estructurante y de la ordenación pormenorizada, en su caso, así como los derivados de la legislación ambiental.
- e) Las normas urbanísticas, diferenciando las que correspondan a la ordenación pormenorizada que, en su caso, se establezca.
- f) Por último, un catálogo de bienes y espacios protegidos. El Catálogo identificará los terrenos, los edificios, las construcciones y los conjuntos de unos y otras, los jardines, y los restantes espacios ya sujetos a protección en virtud de la legislación reguladora del patrimonio histórico y artístico, así como aquellos otros que resulten merecedores de protección en atención a sus valores y por razón urbanística.

### **b) Los instrumentos de planeamiento en los municipios sin plan**

Algunas normas autonómicas -como la de Castilla-La Mancha- permiten que los municipios más pequeños no cuenten con PGOM, dado que su elaboración es muy compleja y requiere un presupuesto importante y un equipo técnico y jurídico de entidad. En estos casos, existe una ordenación urbanística más sencilla que se basa en dos instrumentos de gran importancia, uno técnico y otro jurídico:

- El instrumento técnico es el Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano (PDSU), que, como su propio nombre indica, sirve para delimitar qué parte de los terrenos del municipio se consideran urbanos o urbanizados. Los que no estén dentro de estos límites, se considerarán rurales o no urbanizables. Por tanto, nos encontramos ante una simple operación de deslinde formal del suelo que materialmente debe tener la condición de urbano. Estos municipios no suelen llevar a cabo operaciones de transformación urbanística. Si hay alguna de pequeña entidad bastará con ampliar este Proyecto de Delimitación del Suelo Urbano, pero en el caso de grandes transformaciones será conveniente que con antelación se elabore un Plan General que permita fijar las estrategias de crecimiento. Al ser un instrumento puramente técnico, no tiene naturaleza normativa, aunque constituyen un instrumento auxiliar que permite interpretar y aplicar las Normas Subsidiarias.
- El instrumento propiamente jurídico son las Normas Subsidiarias de Planeamiento (también existen, aunque son poco frecuentes, las llamadas Normas Complementarias de Planeamiento que tienen por objeto complementar las determinaciones de los Planes Generales de Ordenación Municipal). El objetivo de las Normas Subsidiarias es suplir la ausencia de planeamiento general, proporcionando una mínima ordenación de los terrenos del municipio. Permiten encauzar pequeños desarrollos urbanos y fijan las condiciones mínimas de utilización de los suelos del municipio. Su naturaleza jurídica es también de norma reglamentaria. Existen municipios muy pequeños que ni siquiera tienen sus propias Normas Subsidiarias. En estos casos, las Diputaciones Provinciales suelen tener aprobadas unas Normas Subsidiarias de carácter provincial que son de aplicación en defecto de normativa municipal.

### c) **Los Programas de Actuación Urbanística y los Planes de Sectorización**

Con la intención de delimitarlos y proporcionar la ordenación general o estructurante a los nuevos suelos que van a ser objeto de transformación urbanística, se deben aprobar unos instrumentos de carácter general o estructurante que se conocen como Planes de Sectorización en muchas Comunidades Autónomas y que tradicionalmente se han conocido como Programas de Actuación Urbanística (PAUs). Estos planes normalmente no proporcionan información pormenorizada, que dejan para otros planes de desarrollo, y, además de delimitar el suelo (que ahora conocemos como rural urbanizable) que va a ser objeto de actuaciones de transformación urbanística, complementan la ordenación general establecida por el Plan General para el sector que se delimita.

Conforme al art. 44 LSCAM, los Planes de Sectorización, que han de contener los documentos a los que se hace referencia en el art. 46 de la Ley, son los instrumentos mediante los cuales se establecen las determinaciones estructurantes de la ordenación urbanística, que resultan necesarias para valorar la procedencia de acometer la transformación urbanizadora de terrenos clasificados como suelo urbanizable no sectorizado (antiguamente el no programado). Sirven, pues, para completar la ordenación estructurante establecida por el Plan General para un sector concreto del suelo rural urbanizable. Por ello, el art. 44.2 LSCAM y el art. 59 de la Ley 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Navarra, vienen a establecer que los Planes de Sectorización completan la ordenación estructurante del correspondiente Plan General sobre el ámbito de suelo urbanizable no sectorizado que es objeto de una iniciativa de transformación.

Para cumplir su función y objeto, todo Plan de Sectorización deberá:

- a) Ser coherente, en todas sus determinaciones, con las estrategias globales regionales y municipales para el desarrollo sostenible del territorio.
- b) Resolver la adecuada integración de la nueva propuesta urbanística en la estructura de ordenación municipal definida por el correspondiente Plan General.
- c) Vincular sus determinaciones propias de carácter estructurante a las pormenorizadas propias del Plan Parcial y de los instrumentos de gestión necesarios para la ejecución.

El contenido sustantivo de un Plan de Sectorización, de acuerdo con el art. 45 LSCAM, cubre tres grupos de determinaciones estructurantes:

- a) La delimitación del sector que será objeto de actuación urbanizadora, estableciendo para el mismo las pertinentes condiciones básicas de ordenación.
- b) La calificación de los terrenos que deben formar parte de las redes públicas supramunicipales y generales, sean o no interiores al nuevo sector, de forma que se garantice su integración en la estructura municipal.
- c) La concreción, en forma de compromisos, de las contribuciones a la Administración pública como contrapartida de la autorización de la transformación urbanizadora y garantías de sostenibilidad de la propuesta.

#### **d) Planes Parciales**

Entramos ya en los instrumentos urbanísticos de ordenación pormenorizada o de desarrollo, que contienen las determinaciones más detalladas sobre partes de un sector delimitado por un plan de carácter general. Puede que el propio PGOM deje algún sector delimitado como urbano para un desarrollo futuro o que se delimite un sector de suelo rural urbanizable para llevar a cabo una operación de transformación urbanística. También podrán desarrollar las Normas Subsidiarias de planeamiento. Salvo que el sector sea muy pequeño, normalmente el desarrollo del mismo se hace por partes y para cada una de ellas es necesario diseñar una ordenación pormenorizada que recibe el nombre de Plan Parcial, el cual habrá de elaborarse siempre bajo la coordinación de las determinaciones establecidas por los planes de contenido general.

De acuerdo con el art. 47 LSCAM, el Plan Parcial desarrolla el Plan General o el Plan de Sectorización para establecer la ordenación pormenorizada de ámbitos y sectores completos, tanto en suelo urbano no consolidado como en suelo urbanizable. Cuando, en suelo urbano no consolidado, los Planes Parciales tengan por objeto operaciones de reurbanización, reforma, renovación o mejora urbanas se calificarán de reforma interior, aunque otras normativas autonómicas suelen considerar que los planes de reforma interior son planes especiales, denominándolos Planes Especiales de Reforma Interior (PERIs).

El Plan Parcial podrá modificar, pero sólo para su mejora, cualesquiera determinaciones de ordenación pormenorizada establecidas por el Plan General sobre el ámbito o sector. Para que tales modificaciones sean admisibles, el Plan Parcial habrá de justificar expresamente que las mismas tienen por objeto el incremento de la calidad ambiental de los espacios urbanos o la mejora de las dotaciones públicas, y que son congruentes con la ordenación estructurante del Plan General o del Plan de Sectorización.

En cuanto a su contenido sustantivo, el art. 48 LSCAM dispone que el Plan Parcial establecerá, sobre la totalidad del ámbito o sector, todas las determinaciones pormenorizadas de ordenación urbanística, para lo que habrán de respetarse las siguientes precisiones:

- a) Las alineaciones y rasantes se definirán compatibilizando la mejor adecuación a los condicionantes del relieve de los terrenos, la integración del ámbito o sector en las tramas urbanas adyacentes o en el entorno rural y la coherencia y funcionalidad tipológica y urbanística.
- b) Se deberán definir las condiciones que deben cumplir las parcelas para su ejecución material. A tales efectos, el Plan Parcial podrá incorporar la definición gráfica del parcelario, señalando expresamente el grado de vinculación normativa de la misma.
- c) Para todo suelo edificable se establecerán las precisas condiciones sobre la edificación y sobre la admisibilidad de los usos que sean suficientes para determinar el aprovechamiento de cualquier parcela. Cumplida esta exigencia mínima, en los espacios edificables en que así se justifique, el Plan Parcial podrá remitir a Estudios de Detalle para que complete la ordenación volumétrica de la edificación y la fijación de los parámetros normativos consiguientes.



- d) Se localizarán las reservas de suelo destinadas a los elementos de las redes públicas locales, en posiciones tales que se optimice su nivel de servicio y, en el caso de los espacios dotacionales, contribuyan a la revalorización perceptual del espacio urbano.
- e) Se delimitarán, en su caso, las unidades de ejecución que se juzguen convenientes para la mejor gestión de la ejecución, señalando a cada una el sistema de ejecución correspondiente.

#### e) Planes Especiales

Los planes especiales tienen por objeto, como su denominación propone, abordar ordenaciones particulares por circunstancias no habituales. Los más frecuentes son los llamados Planes Especiales de Reforma Interior (PERIs), que buscan ordenar zonas enclavadas en centros históricos que precisan de una rehabilitación urbana que la dote de mayor funcionalidad. También son frecuentes los Planes Especiales para ordenación de ciertos espacios naturales, o para la realización de ciertas redes públicas. Algunas leyes sectoriales también prevén su existencia, como la Ley de Puertos, contenida en el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, que, en su art. 56, regula la necesidad de realizar un Plan Especial en las zonas de servicio de los espacios portuarios, o las leyes de Patrimonio histórico o cultural, que regulan los Planes Especiales para la protección de los conjuntos históricos.

Los Planes Especiales tienen cualquiera de las siguientes funciones (art. 50 LSCAM):

- a) La definición, ampliación o protección de cualesquiera elementos integrantes de las redes públicas de infraestructuras, equipamientos y servicios, así como la complementación de sus condiciones de ordenación con carácter previo para legitimar su ejecución.
- b) La conservación, protección y rehabilitación del patrimonio histórico-artístico, cultural, urbanístico y arquitectónico, de conformidad, en su caso, con la legislación de patrimonio histórico.
- c) La conservación, la protección, la rehabilitación o la mejora del medio urbano y del medio rural.
- d) La protección de ambientes, espacios, perspectivas y paisajes urbanos y naturales.

Al igual que ocurre con los Planes Parciales, el Plan Especial podrá modificar o mejorar la ordenación pormenorizada previamente establecida por cualquier otra figura de planeamiento urbanístico, debiendo justificar suficientemente en cualquier caso su coherencia con la ordenación estructurante.

#### f) Estudios de detalle.

En muchos casos la ordenación pormenorizada del Plan Parcial puede dejar sin regular ciertos aspectos de detalle, que se dejan a otro instrumento complementario: el Estudio de Detalle. Dada su naturaleza, los Estudios de Detalle no pueden corregir ni modificar el planeamiento al que se refieren, ni, mucho menos, originar aumentos de volúmenes, alturas o índices de ocupación del suelo, incrementar densidades o alterar los usos preestablecidos (art. 65 RP). Mucho menos podrán parcelar el suelo.

En la Comunidad de Madrid, su artículo 53 afirma que el Estudio de Detalle, que deberá comprender manzanas o unidades urbanas equivalentes completas, tiene por función, en las áreas y los supuestos previstos por los Planes Generales y, en su caso, los Planes Parciales, la concreta definición de los volúmenes edificables de acuerdo con las especificaciones del planeamiento y el señalamiento de alineaciones y rasantes.

#### **g) Catálogos de bienes y espacios protegidos**

Nos encontramos ante instrumentos auxiliares, de carácter no normativo, que pueden insertarse en los Planes Generales o también tener un carácter complementario. Contienen información específica de distintos bienes y espacios protegidos y, son de especial utilidad, para conocer cómo deben realizarse actuaciones de intervención en los mismos.

En la Comunidad de Madrid, el art. 55 LSCAM establece que, sin perjuicio de los que deben formar parte de los planes, podrán formarse y aprobarse Catálogos de bienes y espacios protegidos, con el mismo contenido, si bien únicamente para complementar, precisar, actualizar o mejorar aquéllos. El contenido de los Catálogos de bienes y espacios protegidos de los diversos Planes de Ordenación Urbanística y, los aprobados con carácter complementario o de actualización o mejora de éstos, integra un registro administrativo radicado en la Consejería competente en materia de ordenación urbanística.

#### **4.4. El procedimiento de elaboración y aprobación de los planes**

Todos los planes de ordenación urbanística son objeto de un complejo y lento procedimiento. Su lentitud hace que muchas veces costosos trabajos que están a punto de ver la luz, no tengan ninguna validez por un cambio de Gobierno en la Corporación Municipal que tiene una estrategia urbanística distinta. Por su importancia, en el caso de que el Pleno no apruebe provisionalmente el planeamiento general, el Alcalde podrá vincular a dicha aprobación la presentación de una cuestión de confianza (art. 197 *bis* de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General). También a nivel de ordenación municipal falta un pacto político entre las principales fuerzas que busque un urbanismo estable y acorde con el interés general. El baile de normativas, planes y criterios, junto con las enormes cantidades de dinero que se mueven en este sector, hace que nos encontremos ante una disciplina cuya gestión se encuentra siempre bajo sospecha.

Cada Comunidad Autónoma tiene sus propias reglas de procedimiento, que se refieren en especial a los Planes Generales, puesto que los instrumentos de planeamiento a él subordinados son objeto de un procedimiento de elaboración más simplificado. Estas reglas relativas al procedimiento de elaboración y aprobación de los planes se contienen en los arts. 56 a 63 *bis* LSCAM.

Sintetizando mucho el procedimiento hay que decir que, siempre antes de elaborar un plan urbanístico, se realizan distintos Estudios Previos y se plantean consultas a los sectores e instituciones más representativas. Con los datos recogidos, la concejalía de ur-

banismo presenta ante el Pleno de la Corporación una propuesta de borrador sobre los contenidos más importantes del Plan, que se conoce con el nombre de Avance. Una vez aprobado, el Avance suele ser objeto de información pública y tras las oportunas propuestas y los debates en el seno de la Corporación, ésta puede proceder a una Aprobación Inicial del mismo. Ello permite tener ya un documento más elaborado y sobre el que se pueden perfilar distintas mejoras. En todo caso, en la tramitación de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística deberá asegurarse el trámite de audiencia a las Administraciones Públicas cuyas competencias pudiesen resultar afectadas (art. 11.7 TRLS). El documento aprobado inicialmente se somete a información pública por un periodo que suele ir de 20 a 30 días<sup>21</sup>. Una vez recogidas las observaciones y estudiadas, el equipo redactor encargado del Plan formulará las correcciones oportunas. Si fruto de ello, se realizasen modificaciones de entidad en el contenido del plan, habrá que repetir el trámite de información pública, puesto que los perjudicados por esas nuevas modificaciones deben tener la oportunidad de mostrar sus observaciones al respecto, o, dicho de otra manera, habrá que repetir este trámite siempre que se rectifiquen los criterios inicialmente expuestos al público, a fin de que en ningún caso se adopten decisiones de importancia a espaldas de los ciudadanos (arts. 130 y 132 RP). Concluido este segundo periodo, se volverán a realizar las correcciones oportunas. Una vez que el documento ha sido objeto de debate público, las fuerzas políticas proceden a debatirlo en el Ayuntamiento para su aprobación. El procedimiento de aprobación<sup>22</sup> suele ser doble, (por eso se le conoce como bifásico), pues

<sup>21</sup> Al trámite de información pública se refiere el art. 11 TRLS, bajo la rúbrica, publicidad y eficacia en la gestión pública urbanística. Según su apartado 1, todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas, incluidos los de distribución de beneficios y cargas, así como los convenios que con dicho objeto vayan a ser suscritos por la Administración competente, deben ser sometidos al trámite de información pública en los términos y por el plazo que establezca la legislación en la materia, que nunca podrá ser inferior al mínimo exigido en la legislación sobre procedimiento administrativo común (20 días según el art. 86.2 LRJ-PAC, pero que las leyes urbanísticas autonómicas suelen elevar a 30), y deben publicarse en la forma y con el contenido que determinen estas leyes. También el art. 4.e) TRLS incluye entre los derechos de todo ciudadano el de participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental, mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas, y el derecho a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate (sobre la obligación de la Administración de contestar a las alegaciones practicadas en el trámite de información pública puede verse la STS de 16 de febrero de 2009).

<sup>22</sup> En relación con el procedimiento de aprobación, el artículo 11 TRLS, en sus apartados 5 y 6 establece que cuando la legislación urbanística abra a los particulares la iniciativa de los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o de ejecución urbanística, el incumplimiento del deber de resolver dentro del plazo máximo establecido dará lugar a indemnización a los interesados por el importe de los gastos en que hayan incurrido para la presentación de sus solicitudes, salvo en los casos en que deban entenderse aprobados o resueltos favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable. En todo caso, por la vía del silencio no puede obtenerse la aprobación de planes cuyo contenido es contrario a la legalidad o al principio de jerarquía normativa (véase al respecto el art. 132.2 RP). Cuando el procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos se inicie de oficio por la Administración competente para su instrucción, pero su aprobación definitiva compete a un órgano de otra Administración, la falta de resolución de éste permitirá entenderlos definitivamente aprobados tras el transcurso del plazo que señale la legislación urbanística.

en primer lugar se aprueba por el órgano competente del Ayuntamiento<sup>23</sup> -Aprobación Provisional-y, en segundo lugar, sobre todo en el caso de los Planes Generales, se aprueba por el órgano competente de la Comunidad Autónoma -Aprobación Definitiva-. Una vez aprobados, los planes habrán de publicarse al tener contenido normativo (art. 9.3 C.E.). Los acuerdos de aprobación definitiva de todos los instrumentos de ordenación territorial y urbanística se publicarán en el «Boletín Oficial» correspondiente. Respecto a las normas y ordenanzas contenidas en tales instrumentos, se estará a lo dispuesto en la legislación aplicable (en el caso de la Comunidad de Madrid, en el art. 66 LSCAM). Por ello, según el art. 70.2 LBRL, las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publicarán en el “Boletín Oficial” de la provincia y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto. Es más, conforme al art. 70 *ter* LBRL, las Administraciones públicas con competencias en la materia, publicarán por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración. En todo caso, en los procedimientos de aprobación o de alteración de instrumentos de ordenación urbanística, la documentación expuesta al público deberá incluir un resumen ejecutivo expresivo de la delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración, y, en su caso, los ámbitos en los que se suspendan la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística y la duración de dicha suspensión. En fin, las Administraciones Públicas competentes impulsarán la publicidad telemática del contenido de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, así como del anuncio de su sometimiento a información pública (apartados 2, 3 y 4 del art. 11 TRLS).

Con la aprobación definitiva, que ya vimos que no es contraria al principio de autonomía local, la Comunidad Autónoma trata de salvaguardar, además del cumplimiento de la legislación autonómica urbanística, el respeto de los instrumentos autonómicos de ordenación territorial y las distintas planificaciones sectoriales, con el fin de garantizar la coherencia entre los planes municipales y las distintas ordenaciones de carácter supramunicipal. De igual forma, la Comunidad Autónoma trata de comprobar que el plan propuesto es viable y, por tanto, que los suministros de agua y energía para los nuevos desarrollos urbanísticos propuestos están o estarán garantizados antes de que las operaciones de transformación urbanística culminen.

---

<sup>23</sup> En los municipios de régimen organizativo ordinario, el artículo 22.2.c) LBRL atribuye al Pleno del Ayuntamiento, la aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes y demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística, así como los convenios que tengan por objeto la alteración de cualesquiera de dichos instrumentos -lo mismo establece para los municipios de gran población el art. 123.1.i) LBRL-. Por su parte, el Alcalde será competente para aprobar los instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no expresamente atribuidas al Pleno, así como los instrumentos de gestión urbanística y de los proyectos de urbanización -art. 21.1.j) LBRL-. Sin embargo, en los municipios de gran población esta última facultad está atribuida a la Junta de Gobierno Local, que será, además, la competente para aprobar los proyectos de instrumentos de ordenación urbanística cuya aprobación definitiva o provisional corresponda al Pleno -art. 127.1.c) y d) LBRL-.

Precisamente, la nueva Ley de Suelo de 2008, intenta garantizar un urbanismo más sostenible, y por ello recuerda, en su art. 15, la obligación de que todos los planes urbanísticos superen el trámite de evaluación ambiental de sus efectos sobre el medio ambiente. Por ello, su párrafo primero dispone que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental de conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, sin perjuicio de la posterior evaluación de impacto ambiental de los proyectos específicos que se requieran para su ejecución<sup>24</sup>. El informe de sostenibilidad ambiental de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación.

De acuerdo con el párrafo 3 de este artículo 15 TRLS, en la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora. Éstos serán determinantes del contenido de la memoria ambiental, que sólo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada:

- a) El de la Administración Hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico.
- b) El de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre, en su caso.
- c) Los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afección y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras.

También se persigue la sostenibilidad económica de los instrumentos de ordenación urbanística, al exigir que la documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de nueva urbanización, de reforma o renovación de la urbanización y de las ac-

---

<sup>24</sup> Véase la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental, que viene a sustituir a la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación ambiental de los efectos de determinados planes y programas sobre el medio ambiente, y al Real Decreto Legislativo 1/2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos. El informe de sostenibilidad ambiental que se emita debe describir y evaluar los posibles efectos de la planificación urbanística sobre el medio ambiente. También debe pronunciarse sobre las alternativas más razonables por sus efectos ambientales y técnicos. Entre otros muchos pueden verse sobre el particular LOZANO CUTANDA, Blanca; SÁNCHEZ LAMELAS, Ana y PERNÁS GARCÍA, Juan José; Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada. La Ley. Madrid, 2012. CUYÁS PALAZÓN, María Mercedes; *Urbanismo Ambiental y Evaluación Estratégica*. Atelier. Barcelona, 2007. FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael; *Evaluación Ambiental Estratégica*. En *Estudios de Derecho Judicial (Medio Ambiente Urbano)*. Núm. 82. 2005. Págs. 229 a 306. del OLMO ALONSO, Jesús; Incidencia medioambiental sobre las competencias urbanísticas, en especial, en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 22. 2010. Págs. 273 a 290. Urbanismo y Medio Ambiente en España: panorama actual. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 244. 2008. Págs. 117 a 134.

tuaciones de dotación deberá incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica, en el que se ponderará, en particular, el impacto de la actuación en las Haciendas Públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha y la prestación de los servicios resultantes, así como la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos (art. 15.4 TRLS).

En relación con el seguimiento de esta sostenibilidad de los desarrollos urbanos, el artículo 15.5 TRLS establece que las Administraciones competentes en materia de ordenación y ejecución urbanísticas deberán elevar al órgano que corresponda de entre sus órganos colegiados de gobierno, con la periodicidad mínima que fije la legislación en la materia, un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística de su competencia, que deberá considerar al menos la sostenibilidad ambiental y económica a la que nos hemos referido. Los municipios estarán obligados a realizar dicho informe cuando lo disponga la legislación en la materia y, al menos, cuando deban tener una Junta de Gobierno Local.

El esquema básico sobre el procedimiento de aprobación de los planes que hemos señalado anteriormente, así como los órganos competentes para la aprobación provisional y definitiva de los mismos, varían en función del tipo de planes y del número de habitantes del municipio. En muchos casos, el procedimiento de aprobación de un Plan General de Ordenación Municipal implica un periodo de suspensión de licencias urbanísticas, con el fin de evitar una incompatibilidad entre la actividad que se va a desarrollar y el nuevo plan que se va a aprobar. La suspensión tiene un plazo máximo de dos años (uno prorrogable por otro) y se levanta con la aprobación definitiva del nuevo Plan. Esta suspensión es una medida facultativa y cautelar, sujeta a publicidad en los diarios oficiales (art. 117.2 RP).

Una vez entrado en vigor, el plan de ordenación tendrá vigencia indefinida (art. 45 TR76 y 66.3 LSCAM), sin perjuicio de su modificación o revisión cuando proceda. De acuerdo al art. 68 LSCAM (art. 154 RP) se entiende por revisión de un plan general, la adopción de nuevos criterios que afecten a la totalidad del suelo del término municipal. La revisión de un Plan de Ordenación Urbanística en vigor supone el ejercicio de nuevo, en plenitud, de la potestad de planeamiento y por ello el procedimiento de revisión se corresponde con el de elaboración y aprobación de los planes. El Plan General se revisará en los plazos que en él se dispongan y cuando se produzcan los supuestos y las circunstancias que el mismo defina, así como siempre que se pretenda introducir en él alteraciones de los elementos de la ordenación estructurante que supongan modificación del modelo territorial adoptado. La revisión supone, en consecuencia, la adopción de criterios nuevos respecto a la estructura general y orgánica del territorio, que aparece motivada por la elección de un modelo territorial distinto o por la aparición de circunstancias sobrevenidas (demográficas, económicas, etc.) que inciden sustancialmente sobre la ordenación, o también porque la capacidad del plan vigente se ha agotado. Sin embargo, la modificación conlleva la introducción de cambios aislados que no comportan esas consecuencias. El art. 69 LSCAM establece que los planes podrán modificarse en cualquier momento y a través de un procedimiento mucho más sencillo. Esas modificaciones puntuales podrán variar tanto la clase como la categoría de suelo, pero lógicamente, en zonas muy concretas. Lo

que no podrá suceder es que como consecuencia de la modificación se disminuya la superficie de zonas verdes por debajo de los estándares fijados por la legislación urbanística (en la Comunidad de Madrid los establece el art. 36 LSCAM, como hemos visto).

El art. 15.6 TRLS ha establecido, por razones de sostenibilidad, que será obligatorio proceder a la revisión del planeamiento en aquellos casos en que el impacto de una actuación de urbanización obligue a ejercer de forma plena la potestad de ordenación del municipio o del ámbito territorial superior en que se integre, por trascender del concreto ámbito de la actuación los efectos significativos que genera la misma en el medio ambiente<sup>25</sup>.

#### 4.5. Efectos de la entrada en vigor de los Planes

Una vez publicados los planes entrarán en vigor en la fecha que se determine en la disposición publicada y, a partir de ese momento, comenzarán a producir efectos. La entrada en vigor de los planes genera, conforme al art. 64 LSCAM, los siguientes efectos:

- a) La vinculación de los terrenos, las instalaciones, las construcciones y las edificaciones al destino que resulte de su clasificación y calificación y al régimen urbanístico que consecuentemente les sea de aplicación.
- b) La declaración en situación de fuera de ordenación de las instalaciones, construcciones y edificaciones erigidas con anterioridad que resulten disconformes con la nueva ordenación, en los términos que disponga el Plan de Ordenación Urbanística de que se trate.

A los efectos de la situación de fuera de ordenación deberá distinguirse, en todo caso, entre las instalaciones, construcciones y edificaciones totalmente incompatibles con la nueva ordenación, en las que será de aplicación el régimen propio de dicha situación legal (que permite a la Administración expropiar el bien o permitir su existencia siempre que no se realicen obras de consolidación o de aumento de volumen), y las que sólo parcialmente sean incompatibles con aquélla, en las que se podrán autorizar, además, las obras de mejora o reforma que se determinen. Son siempre incompatibles con la nueva ordenación, debiendo ser identificadas en el Plan de Ordenación Urbanística, las instalaciones, construcciones y edificaciones que ocupen suelo dotacional o impidan la efectividad de su destino.

- c) La obligatoriedad del cumplimiento de sus determinaciones por todos los sujetos, públicos y privados, siendo nulas cualesquiera reservas de dispensación. Conforme a lo dispuesto en el art. 9.1 C.E. las normas jurídicas vinculan a los ciudadanos y a los poderes públicos, por lo que los planes y normas urbanísticas, que tienen carácter público, son obligatorios tanto para la Administración como para los administrados.

<sup>25</sup> En este sentido, la Disposición Transitoria cuarta, de la LS08, dispone: "Si, transcurrido un año desde la entrada en vigor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo -que es el 1 de julio de 2007- la legislación sobre ordenación territorial y urbanística no estableciera en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación, esta nueva ordenación o revisión será necesaria cuando la actuación conlleve, por sí misma o en unión de las aprobadas en los dos últimos años, un incremento superior al 20 por 100 de la población o de la superficie de suelo urbanizado del municipio o ámbito territorial".

- d) La ejecutividad de sus determinaciones a los efectos de la aplicación por la Administración pública de cualesquiera medios de ejecución forzosa.
- e) La declaración de la utilidad pública y la necesidad de ocupación de los terrenos, las instalaciones, las construcciones y las edificaciones correspondientes, cuando prevean obras públicas ordinarias o delimiten ámbitos de actuación, sectores o unidades de ejecución para cuya realización sea precisa la expropiación. Se entenderán incluidos en todo caso los precisos para las conexiones exteriores con las redes de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos (art. 29.2 TRLS).
- f) La publicidad de su contenido, teniendo derecho cualquier persona a consultarlo y a obtener certificaciones o cédulas urbanísticas respecto de los mismos.

#### 4.6. Los elementos reglados y la discrecionalidad en la planificación

Uno de los temas de mayor enjundia jurídica en el ámbito urbanístico es el del control de la discrecionalidad de que gozan los Ayuntamientos a la hora de redactar y fijar sus estrategias de sus planes urbanísticos. El mundo urbanístico es tan controvertido políticamente, porque en el diseño de la ordenación municipal de los suelos el Ayuntamiento cuenta con un amplio margen de discrecionalidad. Por ello, interesa saber hasta dónde puede llegar el control judicial de los planes urbanísticos y con qué herramientas cuentan nuestros Tribunales para llevarlo a cabo.

Los órganos judiciales no pueden sustituir a los órganos administrativos en la toma de decisiones. Si éstas son ajustadas a Derecho, sus valoraciones técnicas o de oportunidad deben ser respetadas, pues lo contrario implicaría una injerencia del poder judicial en el ejecutivo. Sin embargo, discrecionalidad no significa arbitrariedad<sup>26</sup>. La arbitrariedad de los poderes públicos está claramente prohibida por el artículo 9.3 de nuestra Constitución, de forma que los Tribunales habrán de respetar la decisión administrativa cuando es discrecional (es decir, cuando entre varias alternativas posibles la Administración de forma motivada opte por una, al considerar que es mejor para el interés general), pero deberá anularla cuando esa decisión sea claramente arbitraria, por obedecer a razones diferentes al interés de todos los ciudadanos.

Los órganos judiciales controlan, en primer lugar, el respeto por los instrumentos de ordenación urbanística, que tienen un carácter reglamentario, de los distintos preceptos legales dispersos por el ordenamiento jurídico que vinculan al planificador. Así, a la hora de redactar los instrumentos de planeamiento, las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta los criterios básicos de utilización del suelo a los que se refiere el art. 10.1 TRLS, con el fin de hacer efectivos los derechos y deberes de sus propietarios de conformidad con lo dispuesto en la legislación estatal de suelo. Por ello, las Administraciones

---

<sup>26</sup> Véase al respecto en la doctrina peruana VIGNOLO CUEVA, Orlando; *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*. Palestra. Lima, 2012. Una síntesis sobre el control de la discrecionalidad administrativa en España, cuestión que ha hecho correr ríos de tinta en la doctrina administrativista, la podemos encontrar en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; *Derecho Administrativo. Parte General*. 9ª Edición. Tecnos. Madrid, 2013. Págs. 91 a 102. Sobre la discrecionalidad en el ámbito urbanístico puede verse, entre otros estudios DESDENTADO DAROCA, Eva; *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. 2ª Edición. Aranzadi. Navarra, 1999.



Públicas, y, en particular, la administración municipal cuando proceda a elaborar los instrumentos de planeamiento urbanístico, deberán:

- a) Preservar de la urbanización el suelo rural que deba tener algún tipo de protección, atribuyendo al resto de suelos rurales, mediante la pertinente ordenación urbanística y en la medida necesaria para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, un destino que posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado. En este caso deberá impedirse la especulación.
- b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa. Aunque será la legislación territorial o urbanística la que precise esta reserva, habrá de garantizarse una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social y comprenderá, como mínimo, los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo rural que vaya a ser incluido en actuaciones de nueva urbanización y el 10 por ciento en el suelo urbanizado que deba someterse a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización. No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior o eximir las para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social.
- c) Atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente. Principios, todos ellos, que contribuyen a facilitar el control de la discrecionalidad existente en la elaboración de los instrumentos de planeamiento.

De igual forma, el art. 10.2 TRLS precisa que «las instalaciones, construcciones y edificaciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto, en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo».

Ya vimos, también, como el Estado tiene competencias sobre ciertas materias, con las que puede condicionar el modelo urbanístico de un determinado municipio. También las Comunidades Autónomas, a través de sus instrumentos de ordenación territorial y de diversas planificaciones sectoriales pueden establecer ciertos límites vinculantes a la

potestad municipal de planeamiento. Junto a los ya comentados instrumentos de ordenación territorial, diversas normas sectoriales, tanto estatales como autonómicas, establecen límites a los usos del suelo, tanto por razones de protección del dominio público, como por otros motivos de interés general como puede ser la protección del medio ambiente o del patrimonio cultural. Entre éstas podemos señalar las siguientes:

- En primer lugar y por su importancia debemos destacar la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que vino a sustituir a la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales Protegidos y de la Flora y Fauna Silvestres. Esta Ley mantiene, como instrumentos de planeamiento básicos de los recursos naturales, los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y las Directrices para la Ordenación de los Espacios Naturales. Éstas últimas, dictadas por el Gobierno del Estado, establecen los criterios y normas básicas que deben recoger los primeros. Los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, por su parte, son instrumentos autonómicos que delimitan y planifican la protección del patrimonio natural de un determinado ámbito espacial. Su contenido constituye un límite para cualesquiera otros instrumentos de ordenación territorial o urbanística, que deberán adaptarse a éstos. Mientras dicha adaptación no tenga lugar, sus determinaciones se aplicarán, en todo caso, prevaleciendo sobre dichos instrumentos. Las actuaciones, planes o programas sectoriales sólo podrán contradecir o no acoger su contenido por razones imperiosas de interés público de primer orden, en cuyo caso la decisión deberá motivarse y hacerse pública (art. 18). La Exposición de Motivos de la Ley justifica esta prevalencia en la necesidad de atajar el grave deterioro que sobre la naturaleza está produciendo la acción del hombre. Es más, durante la tramitación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, o mientras un espacio natural protegido carezca del correspondiente planeamiento regulador, no podrán realizarse actos, ni otorgarse autorizaciones, licencias o concesiones, que habiliten para una transformación que imposibilite el logro de los objetivos buscados, salvo que exista informe favorable de la administración actuante (art. 22). Por lo demás, esta importante Ley integra en nuestro ordenamiento la Red Ecológica Europea Natura 2000, compuesta por los Lugares de Importancia Comunitaria, hasta su transformación en Zonas Especiales de Conservación, y las Zonas de Especial Protección para las Aves. Cualquier plan, programa o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o resultar necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a estos lugares se someterá a evaluación ambiental que condicionará la aprobación o autorización de éstos. Si, a pesar de una evaluación negativa y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse el plan, programa o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, las Administraciones Públicas adoptarán las medidas compensatorias necesarias y la concurrencia de las razones imperiosas de interés público deberá declararse por Ley o mediante acuerdo del Consejo de Ministros u órgano de Gobierno autonómico (art. 45). Debemos tener en cuenta, asimismo, que el artículo 13.5 de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales afirma que «el suelo objeto de la declaración de Parque Nacional no podrá ser susceptible de urbanización ni edificación, sin perjuicio de lo que determine el Plan Rector de Uso y Gestión en cuanto a las instalaciones precisas para garantizar su gestión y contribuir al mejor cumplimiento de los objetivos del Parque Nacional».

- La normativa de aguas, -contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, y en los Reales Decretos 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, y 907/2007, de 6 de julio, que aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica- constituye un condicionante claro para el urbanismo y la ordenación del territorio, que no pueden desconocer la proyección espacial del agua y de los elementos que integran el dominio público hidráulico. Esta relación entre agua y urbanismo es muy compleja, por lo que sólo podemos señalar aquí algunas cuestiones de interés. Así, las zonas de servidumbre y de policía que regula el artículo 6 de la Ley deben ser respetadas por los planes urbanísticos. Asimismo, la planificación hidrológica -que pretende garantizar el buen estado y protección de la calidad del dominio público hidráulico, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y el desarrollo sostenible- tiene en nuestro ordenamiento una clara prevalencia sobre la ordenación territorial y urbanística. De este modo, los planes hidrológicos deben recoger la clasificación de las zonas, cuencas o tramos de cuencas, acuíferos o masas de agua declaradas de especial protección de acuerdo con la legislación medioambiental, así como las condiciones específicas para su protección. Estas previsiones, junto a las de reservas de terrenos para obras y actuaciones en ellos previstas, deberán ser respetadas en los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio, (art. 43). Por su parte, el Ministerio de Medio Ambiente debe emitir su informe vinculante respecto de la aprobación, modificación o revisión de instrumentos de ordenación territorial y planificación urbanística que afecten directamente a los terrenos previstos para infraestructuras hidráulicas de interés general contemplados en los planes hidrológicos o en el plan hidrológico nacional<sup>27</sup>. Estos terrenos tendrán la clasificación y calificación que resulte adecuada para garantizar y preservar la funcionalidad de dichas obras, debiendo los instrumentos de ordenación territorial y urbanística recoger y respetar dicha clasificación y calificación (art. 128.4). Por último, el artículo 11 de la Ley de Aguas regula las zonas inundables, cuyos efectos deben ser prevenidos por los planes hidrológicos de cuenca. El artículo 14 de su Reglamento considera zonas inundables las delimitadas por los niveles teóricos que alcanzarían las aguas en las avenidas cuyo periodo estadístico de retorno sea de 500 años, salvo que el Ministerio del medio Ambiente, a propuesta del organismo de cuenca, fije la delimitación que en cada caso resulte más adecuada al comportamiento de la corriente. Los planes urbanísticos deberán ordenar adecuadamente la utilización del suelo en la zona inundable, lo que deberá basarse en mapas o cartografías de riesgo.
  
- La Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (cuya versión vigente es fruto de la modificación operada por la modificados por la Ley 2/2013, de 29 de mayo), constituye otra de las normas esenciales que debe ser respetada por los municipios a la hora de elaborar

---

<sup>27</sup> Téngase en cuenta que, conforme al artículo 127.1 del texto refundido de la Ley de Aguas, las obras hidráulicas de interés general y las obras y actuaciones hidráulicas de ámbito supramunicipal incluidas en la planificación hidrológica no estarán sujetas a licencia ni a cualquier otro acto de control preventivo municipal, aunque las entidades locales afectadas deberán emitir un informe previo sobre los aspectos relacionados con el planeamiento urbanístico.

su planeamiento urbanístico. La Ley de Costas establece sobre los terrenos contiguos al dominio público marítimo-terrestre determinaciones sustantivas de ordenación que, junto a las establecidas para ordenar su utilización, mediatizan las competencias urbanísticas que ostentan los Ayuntamientos. Los artículos 3 a 16 de la Ley se ocupan de la identificación y deslinde del dominio público marítimo-terrestre, que, obviamente, deberá respetarse por los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. A continuación, los artículos 23 y siguientes de la Ley regulan las servidumbres y limitaciones que recaen sobre terrenos de propiedad privada contiguos a la ribera del mar y que tienen por objeto la protección de las costas (servidumbres de acceso al mar, de tránsito y de protección, usos permitidos y prohibidos en esta última, y la regulación de una zona de influencia que deberá contar con reservas de suelo para aparcamiento y en la que deberá evitarse la formación de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes). El artículo 32 regula las condiciones en que excepcionalmente podrán autorizarse en los casos anteriores diversas obras, instalaciones y actividades. En el marco de la regulación establecida por la Ley de Costas, las Comunidades Autónomas<sup>28</sup> pueden realizar planes para la ordenación territorial y del litoral, que no pueden afectar al mar territorial y a las aguas interiores, sino sólo al ámbito terrestre del dominio público marítimo-terrestre (art. 114). En todo caso, el artículo 117 establece que la Administración del Estado deberá informar, en el plazo de un mes, todo planeamiento territorial y urbanístico que ordene el litoral, y, antes de la aprobación definitiva, deberá volver a emitir en el plazo de dos meses un nuevo informe sobre su contenido, informe que fue avalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 149/1991. Por último, la Administración del Estado puede aprobar normas para la protección de determinados tramos de costa (art. 22.1), aunque para ello se requiere el acuerdo de la Comunidad Autónoma y de los Ayuntamientos a cuyo territorio afecten.

- La Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, y la legislación autonómica de desarrollo, los preserva de cualquier desarrollo urbanístico. De acuerdo con su artículo 39, los instrumentos de planeamiento urbanístico, cuando afecten a la calificación de terrenos forestales, requerirán el informe de la Administración forestal competente, informe que será vinculante si se trata de montes catalogados o protectores. También, su artículo 31 regula los Planes de Ordenación de los Recursos Forestales, instrumentos de planeamiento forestal de contenido obligatorio y ejecutivo que tienen carácter indicativo sobre otras actuaciones, planes o programas sectoriales, por lo que, en nuestra opinión y tal como manifiestan numerosas normas autonómicas (puede verse, por ejemplo, el artículo 35 de la Ley 3/2009, de 6 de abril, de Montes de Castilla y León), condicionan el contenido de los instrumentos urbanísticos.
- El Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que en su artículo 56 habla de los Planes Especiales para el Desarrollo de Zonas de Servicio de los

---

<sup>28</sup> Las Comunidades Autónomas suelen abordar la regulación de los espacios costeros en la legislación urbanística y de ordenación territorial, aunque algunas de ellas han desarrollado normas específicas, como es el caso de la Ley 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación del Litoral de Cantabria.

Puertos<sup>29</sup>, que deben elaborarse en desarrollo del Plan de Utilización de los Espacios Portuarios. Este último delimita el espacio portuario, incluyendo motivadamente los espacios que previsiblemente se van a utilizar en un futuro, y establece la ordenación básica de dicha zona. Los planes especiales deberán incluir entre sus determinaciones las medidas y previsiones necesarias para garantizar una eficiente explotación del espacio portuario, su desarrollo y su conexión con los sistemas generales de transporte terrestre. Algunas Comunidades Autónomas han aprobado legislaciones específicas en el ámbito de sus competencias.

- La Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, que, además de proteger estos bienes de dominio público, fija en los artículos 10 a 13 las reglas para su desafectación y modificaciones de trazado.
- La Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, que define la categoría de Bien de Interés Cultural. Luego la legislación autonómica complementaria (como, por ejemplo, la Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid) regula otros instrumentos protectores como pueden ser los Planes Directores o los Planes Especiales para la protección de Conjuntos Históricos.
- La Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural insta a las Comunidades Autónomas a delimitar y calificar las zonas rurales existentes en su territorio, lo que permitirá la aplicación del Programa de Desarrollo Rural Sostenible que es el instrumento principal de planificación de la Administración General del Estado. En desarrollo de este programa las Comunidades Autónomas podrán adoptar Directrices Estratégicas Territoriales de Ordenación Rural, pudiendo elaborar un Plan por cada zona rural. Estos instrumentos de planificación han de hacer compatibles los desarrollos urbanísticos con el mantenimiento del medio ambiente, desincentivando un urbanismo disperso (art. 33). Su aprobación lleva implícita la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios de los terrenos necesarios para la realización de infraestructuras de interés general. Parece, por tanto, que, en tanto mecanismos de ordenación territorial, determinarán los contenidos de los instrumentos de ordenación urbanística municipal. No debemos obviar que, para que esta norma tenga una mínima efectividad, será preciso contar con una financiación muy importante que ponga en marcha sus mecanismos.

---

<sup>29</sup> El párrafo 1 del citado artículo 56, referido a la consideración urbanística de los puertos, dispone: «Para articular la necesaria coordinación entre las Administraciones con competencia concurrente sobre el espacio portuario, los planes generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística deberán calificar la zona de servicio de los puertos estatales, así como el dominio público portuario afecto al servicio de señalización marítima, como sistema general portuario y no podrán incluir determinaciones que supongan una interferencia o perturbación en el ejercicio de las competencias de explotación portuaria y de señalización marítima, requiriéndose informe previo vinculante de Puertos del Estado, previo dictamen de la Comisión de Faros, en los casos en los que pueda verse afectado el servicio de señalización marítima por actuaciones fuera de los espacios antes mencionados, cuando en sus proximidades exista alguna instalación de ayudas a la navegación marítima».

- Por último, las leyes reguladoras de las distintas infraestructuras suelen establecer tres zonas diferentes (de dominio público, de servidumbre y de afección), prohibiendo o limitando en ellas los posibles usos, los cuales, de resultar posibles, requerirán con carácter previo a la licencia municipal la oportuna autorización administrativa de la autoridad competente. Así la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario contiene en sus artículos 12 a 18 distintas reglas sobre limitaciones al derecho de propiedad. Su artículo 7 viene a establecer que los Planes Generales y demás instrumentos generales de ordenación urbanística calificarán los terrenos que se ocupen por las infraestructuras ferroviarias que formen parte de la Red Ferroviaria de Interés General como sistema general ferroviario o equivalente y no incluirán determinaciones que impidan o perturben el ejercicio de las competencias atribuidas al administrador de infraestructuras ferroviarias. Por su parte, la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, contiene distintas limitaciones a la propiedad en sus artículos 20 a 28.

También, muchas normas autonómicas establecen normas legales que resultan de aplicación directa, incluso en ausencia de planes o normas urbanísticas propias. Como ejemplo baste el artículo 30 LSCAM conforme al cual los actos de uso, urbanización, instalación, construcción y edificación del suelo deberán respetar, en todo caso, exista o no un instrumento de planeamiento urbanístico, las siguientes reglas:

- a) Ser conformes con el régimen urbanístico del suelo.
- b) Realizarse en, sobre o bajo una superficie que reúna las características de unidad apta para la edificación, parcela mínima o solar.
- c) No producir afecciones, perturbaciones o emisiones ilegítimas en otros inmuebles.
- d) Adaptarse al ambiente en que se sitúen o emplacen y armonizar con los bienes declarados de interés cultural y los inmuebles sujetos a algún régimen de protección arquitectónica que se encuentren en su entorno.
- e) No romper la armonía del paisaje urbano y rural tradicional, ni perturbar, ni desfigurar su contemplación desde los caminos, las carreteras y cualesquiera otras vías.

Cuando excepcionalmente, en virtud de resolución judicial, no exista planeamiento urbanístico aplicable, únicamente podrán autorizarse las obras necesarias para el cumplimiento de los deberes de conservación y las obras de construcción o edificación que no tengan una altura superior a dos plantas.

Por último, la mayoría de las legislaciones autonómicas establecen lo que hemos denominado “estándares urbanísticos mínimos”, y a los que ya hemos hecho referencia anteriormente cuando hemos tratado las condiciones impuestas por los artículos 36 a 39 LSCAM para el establecimiento de ciertas determinaciones de los planes. También los artículos 46 y 47 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia establecen límites de sostenibilidad concretos para los diferentes tipos de municipios y clases de suelo, así como parámetros muy precisos para reservas y dotaciones. Se trata de una garantía de un mínimo de equipamientos e infraestructuras, que se calcula en función de los metros cuadrados de edifi-

caciones residenciales del sector o ámbito de suelo en que nos encontremos. Los planes deben justificar el cumplimiento mínimo de estas reservas de plazas de aparcamiento, dotaciones públicas, zonas verdes o infraestructuras, con lo que el municipio encuentra aquí determinaciones legales precisas que debe respetar a la hora de llevar a cabo su potestad de planeamiento.

A pesar de lo dicho anteriormente, lo cierto es que, respetando lo hasta ahora señalado, sigue existiendo un amplio margen de discrecionalidad, que sólo es controlado por los Tribunales de Justicia a través del control de la Memoria del Plan y de ciertos principios generales que tratan de asegurar la coherencia del modelo territorial elegido.

Como dijimos anteriormente, la Memoria de todo instrumento de planeamiento urbanístico debe contener una clara justificación de la elección entre las distintas alternativas posibles. “La Memoria integra ante todo la motivación del Plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento” (STS de 9 de julio de 1991). Por ello, es un elemento de gran importancia, pues el Tribunal conoce a través de esta memoria las distintas motivaciones o justificaciones de las decisiones tomadas para la elaboración del Plan. No en vano, el art. 3.2 TRLS establece que el ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, *con expresión de los intereses generales* a los que sirve. Esa Memoria, si no incurre en contradicciones y es lógica y coherente es perfectamente válida y con ello las decisiones tomadas por el planificador. Sin embargo, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de señalar en diversos pronunciamientos (entre otras muchas SSTs de 1 de diciembre de 1986, 11 de julio de 1987, 20 de diciembre de 1990, 18 de marzo de 1992 o 21 de septiembre de 1993), cuando existe una clara desviación de poder o un error de hecho, o cuando existe una clara falta de coherencia entre la solución elegida y la realidad, la decisión resultará viciada por infringir el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones desprovistas de justificación fáctica alguna. Ello justificará su anulación. Por tanto, la aplicación de los principios de proporcionalidad y racionalidad a las decisiones estratégicas tomadas en la elaboración de los planes, ayuda al poder judicial a determinar cuándo una decisión irracional o desproporcionada puede saltar el margen de maniobra o de discrecionalidad que tienen los Ayuntamientos al elaborar sus planes y entrar en el campo de la arbitrariedad. El control ejercido por los Tribunales sobre el planeamiento urbanístico trata, por tanto, de respetar los márgenes de discrecionalidad que la Administración tiene a la hora de ejercer su potestad de planeamiento, pero evitando decisiones que vulneren lo dispuesto en normas de directa aplicación, (tanto urbanísticas como sectoriales) o que carezcan de toda justificación y racionalidad por obedecer únicamente a la voluntad y capricho de los titulares de los órganos administrativos competentes.

Por último, no debe olvidarse que el principio de urbanismo sostenible, al que ya hemos hecho referencia, obliga a los municipios a justificar sus decisiones en este sentido cuando lleven a cabo la elaboración de instrumentos de planeamiento urbanístico. El principio de desarrollo urbanístico sostenible puede y debe jugar, por tanto, como otro de

los elementos que permitan un control en la discrecionalidad del planeamiento<sup>30</sup>. Como ya hemos visto, existe un instrumento clave en este sentido que es la evaluación ambiental de planes y programas, regulada en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, a la que debemos remitirnos.

#### 4.7. Breve mención a la ejecución del planeamiento

Una vez que el planeamiento urbanístico determina la ordenación de los distintos suelos del municipio, deben comenzar las acciones conducentes a plasmar en la realidad física lo que está diseñado en los instrumentos de planeamiento. Es a esa actividad consistente en llevar a cabo materialmente las previsiones contenidas en los instrumentos de planeamiento a la que llamamos ejecución del planeamiento.

Para que esa ejecución material sea posible, es necesario que exista toda la ordenación pormenorizada necesaria para diseñar el desarrollo urbanístico y que, dentro del sector o unidad de actuación de que se trate, se hayan delimitado las superficies que se van a ejecutar en su totalidad. Éstas son las llamadas unidades de ejecución, formadas por el conjunto de terrenos en los que se van a materializar en una misma operación las previsiones del planeamiento. Entre sus propietarios se van a llevar a cabo las operaciones de *equidistribución de beneficios y cargas*. Es decir, los propietarios deberán, en función del sistema elegido y en proporción a sus aportaciones, satisfacer los gastos derivados de la urbanización y reparcelación de los terrenos, deberán realizar las cesiones de terrenos necesarias para infraestructuras, dotaciones públicas, zonas verdes y equipamientos, etc. También deberán ceder el porcentaje de terrenos que, según la legislación autonómica, correspondan a los Ayuntamientos como patrimonios públicos del suelo. Pero, a cambio de esas cargas, recibirán el suelo con el aprovechamiento urbanístico que corresponda proporcionalmente a la superficie aportada.

La titularidad del suelo dará derecho, tras la aprobación del planeamiento correspondiente y su ejecución material a través de obras de urbanización, a recibir un aprovechamiento de un uso y de una edificabilidad, que estará en función de la aportación realizada, pero ese aprovechamiento sobre un terreno determinado podrá estar finalmente localizado en otro suelo distinto al que se aportó a la operación, una vez realizado el reparto de beneficios y cargas a través de la reparcelación. Para que esto sea posible, el propietario individual es miembro de una comunidad de propietarios que reúne a todos los de un mismo polígono o unidad de actuación, todos los cuales están estrechamente ligados pues la operación de ejecución del planeamiento se realiza más bien en un sistema de comunidad o copropiedad, resultante de las aportaciones realizadas por los propietarios. Esa

---

<sup>30</sup> También la Prof. DESDENTADO DAROCA ha destacado el papel del principio de sostenibilidad en la limitación de la discrecionalidad administrativa en el ámbito urbanístico. Poniendo un ejemplo habla de cómo la normativa urbanística de Castilla y León trata de evitar la urbanización diseminada previendo densidades tanto máximas como mínimas de población y viviendas edificables por cada sector que se prevea desarrollar (art. 86 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León). *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. En MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto (Dirs.): *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, 2 Vols. Aranzadi. Navarra, 2009. Pág. 310.



equidistribución de beneficios y cargas, junto con la técnica del *aprovechamiento medio o tipo* y la figura de la *reparcelación*, permiten que los propietarios -que aportaron terrenos de superficies y características distintas y van a recibir suelos con distinta clasificación y aprovechamiento urbanístico- sean tratados desde una posición de igualdad, llegándose incluso a compensar económicamente los excesos o defectos de aprovechamientos recibidos cuando no haya otra forma de redistribuir los nuevos terrenos ya ordenados. Por tanto, el eje de toda ejecución del planeamiento urbanístico pasa por aplicar de forma efectiva el reparto proporcional de cargas y beneficios entre los propietarios, lo que no es sólo un derecho garantizado por la Ley -art. 8.3.c) TRLS- sino también un deber, cuyo incumplimiento tiene consecuencias y puede dar lugar a la expropiación de los propietarios disidentes de lo expresado por la mayoría o incumplidores de sus obligaciones, especialmente la del abono de los gastos de la operación.

Tengamos en cuenta que, conforme al art. 18 TRLS, el acuerdo aprobatorio de los instrumentos de distribución de beneficios y cargas produce el efecto de la subrogación de las fincas de origen por las de resultado y el reparto de su titularidad entre los propietarios, el promotor de la actuación, cuando sea retribuido mediante la adjudicación de parcelas incluidas en ella, y la Administración, a quien corresponde el pleno dominio libre de cargas de los terrenos destinados a viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas, así como a patrimonios públicos del suelo. Cuando a la hora de acometer una operación de transformación urbanística, existiesen derechos reales o cargas que se estimen incompatibles con la ordenación urbanística, el acuerdo aprobatorio de la distribución de beneficios y cargas declarará su extinción y fijará la indemnización correspondiente a cargo del propietario. Una vez firme en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de la distribución de beneficios y cargas, se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Las legislaciones autonómicas organizan esta actividad de ejecución en los tradicionales sistemas de compensación, cooperación y expropiación, a los que añaden la ejecución por un tercero adjudicatario en concurso de dicha actividad, que es más conocido como sistema del agente urbanizador. El sistema de ejecución por compensación, además de ser el más habitual, es el sistema privado por excelencia. En él los propietarios no sólo sufragan los gastos de la ejecución y reciben posteriormente los suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico, sino que son los responsables íntegramente de la gestión del sistema. Para ello constituyen una Junta de Compensación, con un órgano rector y unos Estatutos y unas Bases de Actuación, que marcan sus directrices y objetivos de funcionamiento. Esta Junta encarga el proyecto de urbanización y posteriormente el de reparcación. Incluso, puede expropiar los terrenos de aquellos propietarios minoritarios que no quieran incorporarse al sistema (ejerce, por tanto, ciertas funciones de naturaleza jurídico-pública, aunque siempre bajo la tutela de la Administración municipal). La Junta es, en consecuencia, un ente corporativo que ejerce funciones públicas y por ello sus actos deben ser recurridos en alzada ante el Ayuntamiento y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Desde el momento en que se inician las operaciones encaminadas a la ejecución, cada propietario integra sus terrenos en la Junta y sólo guarda una titularidad fiduciaria de los mismos. Por tanto, cada propietario es titular de una cuo-

ta de participación sobre el total de la Junta, que vendrá dada por la superficie aportada, y tendrá derecho a que, una vez realizadas las obras de urbanización, el proyecto de reparcelación le atribuya unos terrenos aprovechables (o su equivalente económico) en proporción a su cuota de representatividad en la Junta. Cuando los propietarios incumplen reiteradamente sus obligaciones en el sistema de compensación, puede entrar en juego otro sistema, el de ejecución forzosa, por el que la Administración toma las riendas de la ejecución. Con este mecanismo se pretende asegurar la continuidad y el funcionamiento de este sistema, que si no podría bloquearse por desacuerdos o por el desinterés de los propietarios. En el sistema de ejecución por cooperación los propietarios aportan la totalidad de los terrenos de cesión obligatoria y gratuita, soportando la ocupación de cualesquiera otros terrenos necesarios para la ejecución de las obras de urbanización, y la Administración municipal ejecuta las obras de urbanización por cuenta y cargo de los mismos. En el sistema de expropiación la Administración actuante aplica la expropiación a la totalidad de los bienes y derechos incluidos en el ámbito de actuación, sector o la unidad o unidades de ejecución y realiza las obras de urbanización y, en su caso, de edificación. Por último, cuando los propietarios de los terrenos no proceden, dentro de los plazos señalados, a iniciar la actividad de ejecución, resulta posible que sea un tercero el que desarrolle esta actividad. También pueden los propietarios elegir esta fórmula directamente para evitarse trastornos y dejar en manos de una entidad profesional la urbanización de sus terrenos. Esta intermediación que realiza el tercero debe ser objeto de compensación económica, que podrá ser en dinero o en terrenos aprovechables. Los propietarios tendrán prioridad en la reparcelación, siempre que abonen la parte que les corresponda de los gastos en que este tercero haya podido incurrir. El tercero debe ser seleccionado en concurso, pues de lo contrario, y dado que ejerce funciones públicas, se estaría conculcando la normativa española y comunitaria en materia de adjudicación de contratos. Este sistema es el más habitual en algunas Comunidades Autónomas, como Castilla-La Mancha, que pretenden una intermediación eficaz y ágil en la ejecución del planeamiento. Sin embargo, la Ley de la Comunidad de Madrid 3/2007, de 26 de julio, vino a derogar los artículos 109 y siguientes de la Ley 9/2001, de Suelo de la Comunidad de Madrid, que regulaban esta posibilidad, viniendo por tanto a suprimir la figura del agente urbanizador.

Una vez ejecutadas las previsiones del planeamiento en la unidad respectiva, habrá que proceder a la reparcelación de los nuevos terrenos con aprovechamientos urbanísticos entre los propietarios, para eso las legislaciones autonómicas establecen diferentes criterios que permitan la mejor distribución posible.

Lógicamente, para poder ejecutar sobre el terreno las determinaciones del planeamiento se necesita que se haya delimitado la unidad de ejecución, que se haya aprobado la ordenación pormenorizada, y que se haya elegido la modalidad de gestión y en consecuencia el sistema de ejecución a utilizar. Una vez puesto en marcha el sistema habrá que elaborar los proyectos técnicos de urbanización y, en fin, realizar un proyecto de reparcelación de los nuevos terrenos aprovechables entre los propietarios de la unidad. Estos proyectos de urbanización y de reparcelación son proyectos técnicos, que carecen de fuerza normativa. Por eso, el art. 67.5 RP establece que los Proyectos de Urbanización deberán detallar y programar las obras con la precisión necesaria para que puedan ser ejecutadas

por técnicos distintos del autor del proyecto. En ningún caso podrán contener determinaciones sobre ordenación, régimen del suelo o de la edificación, ni tampoco modificar las previsiones del Plan que desarrollen, sin perjuicio de que puedan efectuar las adaptaciones de detalle exigidas por las características del suelo o del subsuelo (arts. 67.4 y 68.1 RP).

Concluida la ejecución de una unidad, nos encontramos con que normalmente las obras de urbanización se transmiten al Ayuntamiento y los particulares, una vez recibida su nueva propiedad, disponen de unos plazos para llevar a cabo las actividades de edificación permitidas por la ordenación urbanística. Los particulares deben acometer las obras de edificación y serán responsables, en consecuencia, de su adecuado mantenimiento. Sin embargo, una vez recibidas las obras de urbanización por el Ayuntamiento, será éste el encargado de mantenerlas en un adecuado estado de conservación, salvo que el planeamiento imponga a los propietarios la conservación de la urbanización, lo que se podrá realizar a través de diversas figuras jurídicas como son las entidades urbanísticas de conservación (arts. 136 y 137 LSCAM).

## **5. El deber de edificar y el régimen de conservación de terrenos, edificios y construcciones**

Una vez concluidas las actuaciones de ejecución del planeamiento con la finalización de la urbanización de los terrenos, la reparcelación y la transmisión a cada propietario de la titularidad real sobre su aprovechamiento urbanístico, mediante la atribución de una o varias parcelas, a partir de ese momento, se inicia una nueva fase que es la de la ejecución de la edificación.

Sobre suelos en los que han tenido lugar operaciones de transformación urbanística de nueva urbanización se procederá a la construcción de edificaciones nuevas. Cuando dichas operaciones hayan sido de dotación o de renovación urbana, posiblemente se haya tenido que realizar obras de intervención o de rehabilitación en los edificios. Tanto las obras de nueva edificación, como las de intervención o rehabilitación sobre las edificaciones existentes, deberán contar con el correspondiente proyecto técnico de edificación debidamente visado y con la concesión de la preceptiva licencia municipal y del resto de autorizaciones que resulten procedentes, en los términos que más adelante veremos. En su ejecución deberán respetarse las previsiones contenidas en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en el Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo y en el resto de las numerosas normas técnicas que resulten de aplicación. El propio artículo 14.2 TRLS establece que las actuaciones edificatorias podrán ser de nueva edificación, de sustitución de la edificación existente y de rehabilitación urbana.

### **5.1. El deber de edificar**

La edificación no es sólo un derecho, sino un deber legal, al que luego se añade la obligación de conservación y mantenimiento de lo edificado. Como se desprende de la Ley de Suelo estatal, la actividad edificatoria debe realizarse conforme al principio de desarrollo

sostenible, prestando especial atención al consumo de energía y agua, y a la prevención y minimización de los impactos negativos que puedan generar los residuos urbanos y la contaminación acústica (art. 2 TRLS).

Los propietarios, de acuerdo a lo señalado por los instrumentos de planeamiento, una vez recibidas las nuevas parcelas, tras haber concluido las obras de urbanización y habiendo sido ésta recibida por el Ayuntamiento, deben edificar en los plazos fijados por el planeamiento urbanístico. El suelo tiene ahora la consideración de suelo urbanizado y, de acuerdo a lo establecido por el artículo 9.6 TRLS, los propietarios, cuando el suelo adjudicado tenga atribuida edificabilidad, deben edificar en los plazos establecidos por la normativa aplicable.

Nos encontramos aquí con un deber que forma parte del estatuto de la propiedad del suelo y cuyo incumplimiento puede dar lugar a la ejecución por la Administración en sustitución del propietario incumplidor, ejecución que las legislaciones autonómicas suelen atribuir a lo que se denomina el agente edificador. Este mecanismo de ejecución sustitutoria en la construcción y edificación, que deriva del incumplimiento del propietario del deber que le impone la función social de la propiedad, debe en todo caso respetar los derechos del propietario y, por tanto, este tendrá derecho a quedarse con lo edificado una vez que abone al tercero, (que debe ser seleccionado en concurso para cumplir la legislación de contratos del sector público), los gastos derivados de su actuación. Pero, incluso, el Ayuntamiento puede llegar a la expropiación de los terrenos (por haber incumplido el propietario su función social) y edificarlos directamente, por sí mismo o por un tercero, sacándolos después al mercado. Este es un instrumento que, al igual que ocurre con los patrimonios públicos del suelo, permite al Ayuntamiento intervenir en el mercado inmobiliario, especialmente antes de la crisis económica, que ha azotado especialmente al sector inmobiliario, cuando llegó a producirse una subida de precios por la falta de viviendas cuya demanda aumentaba gracias a los créditos inmobiliarios que no siempre se concedían con el rigor necesario. Sin embargo, ello obliga a la Administración municipal a contar con importantes recursos para pagar las expropiaciones, razón por la que, en la práctica, se ha acudido en muy pocas ocasiones a esta fórmula. Por ello, la Comunidad de Madrid suprimió la regulación de la ejecución sustitutoria en la construcción y edificación por incumplimiento de la función social de la propiedad, prevista en los artículos 162 a 167 LSCAM, mediante la Ley 9/2010, de 23 de diciembre.

En todo caso, el artículo 36 TRLS, modificado junto a otros muchos artículos por la Ley 8/2013, de 26 de junio (LRRR), además del mecanismo de la expropiación por incumplimiento, mantiene la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas para quienes incumplan los deberes de edificación o rehabilitación.

## **5.2. El deber de conservación de terrenos, edificios y construcciones**

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley del Suelo del Estado (al que la LRRR de 2013 ha dado una nueva redacción), el derecho de propiedad de terrenos, instalaciones, construcciones y edificaciones comprende, cualquiera que sea la situación en

que se encuentren, los deberes de dedicarlo a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorio y urbanística, conservarlo en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles, así como realizar obras adicionales por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, hasta donde alcance el deber legal de conservación. También el art. 16 LOE, los artículos 389 y 1907 del Código Civil y los artículos 9.1 y 10.1 LPH se refieren al deber de conservación y uso adecuado de los edificios.

En línea con lo que recogen las normativas autonómicas, este deber, -que constituye el límite de las obras que deberán ejecutarse a costa de los propietarios cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano-, se establece en la mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original en relación con las características constructivas y la superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio. El valor del suelo queda lógicamente excluido. Cuando se supere dicho límite, correrán a cargo de los fondos de aquella Administración, las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general<sup>31</sup>. Esto mismo se establece por el art. 168 LSCAM.

La redacción dada por la Ley 8/2013 de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas establece, además, en relación con el deber legal de conservación de las edificaciones, que éste comprenderá la realización de los trabajos y las obras necesarias para satisfacer, con carácter general, los requisitos básicos de la edificación establecidos en el artículo 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y concretados por el CTE, con el fin de adaptarlas y actualizar sus instalaciones a las normas legales que les sean explícitamente exigibles en cada momento. Se podrán realizar, además, obras adicionales para la mejora de la calidad y sostenibilidad, las cuales podrán consistir en la adecuación parcial o completa a todas, o a algunas de las exigencias básicas establecidas en el Código Técnico de la Edificación, debiendo fijar la Administración, de manera motivada, el nivel de calidad que deba ser alcanzado para cada una de ellas<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Téngase en cuenta que en los suelos rurales o en los urbanizados sin edificar, el deber de conservación supone costear y ejecutar las obras necesarias para mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, así como daños o perjuicios a terceros o al interés general, incluidos los medioambientales; garantizar la seguridad o salud públicas; prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas en los términos dispuestos por su legislación específica; y asegurar el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo.

<sup>32</sup> Es más, en coherencia con el alcance del deber de conservación que establece el art. 9.1 TRLS, la LRRR modifica el artículo 10 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal que viene ahora a establecer que tendrán carácter obligatorio y no requerirán acuerdo previo de la Junta de propietarios, aunque puedan implicar la modificación del título constitutivo o de los estatutos, cuando vengan exigidas por las Administraciones Públicas (normalmente mediante una orden de ejecución) o sea solicitadas por los propietarios «los trabajos y obras que resulten necesarios para el adecuado mantenimiento y cumplimiento del deber de conservación del inmueble y de sus servicios e instalaciones comunes,

Tengamos, pues, en cuenta que la normativa reguladora de las obras de edificación, contenida básicamente en la LOE y en el CTE, exige que los requisitos básicos de calidad concretados por el CTE y por la normativa técnica complementaria se satisfagan no sólo en obras nuevas de edificación, sino en las obras de intervención a las que se refiere el art. 2.2.b) LOE, algunas de las cuales pueden venir exigidas por las necesidades de conservación del edificio (art. 3 LOE). En muchas de esas intervenciones, los materiales de construcción ya vendrán con los sellos de certificación que garantizan la satisfacción de los requisitos de calidad concretados por el CTE.

Por tanto, los propietarios tienen un deber legal de conservación de sus terrenos y construcciones en los términos que acabamos de ver. Para ello, las legislaciones autonómicas garantizan ayudas públicas y exenciones de tasas municipales, para cuando el deber de conservación excede del de un propietario normal (por ejemplo, en edificios históricos o para fachadas de determinados ámbitos fijados por el planeamiento). También, introducen mecanismos de control de este deber de conservación y las medidas para su eventual incumplimiento.

En este contexto de crisis económica, las ayudas públicas y las exenciones de tasas municipales para obras de conservación, especialmente cuando éste excede del deber normal, se han visto ajustadas. A principios de 2013, el Gobierno puso en marcha un Plan de Vivienda 2013-2016 con el objetivo de reactivar en alguna medida el sector de la construcción incentivando las actuaciones de conservación y rehabilitación de edificios, la regeneración urbana y la eficiencia energética. Ese plan incluía una previsión de ayudas económicas importante que, en el momento de escribir estas líneas, se están empezando a poner en marcha de forma generalizada a través de las Comunidades Autónomas<sup>33</sup>. El 5 de abril de 2013 se aprobó un paquete de tres normas reglamentarias en el marco de ese Plan impulsado por el Gobierno. El RD 238/2013, que introducía cambios en el Reglamento de Instalaciones Térmicas de los Edificios, y el RD 235/2013, que aprobaba el procedimiento para la certificación de eficiencia energética de los edificios, pretendían impulsar actuaciones tendentes a mejorar el ahorro de energía y la eficiencia energética. Más ambicioso, el RD 233/2013, contenía el Plan estatal del fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016. Este Real Decreto contempla medidas en todos estos ámbitos. Este Plan del Gobierno culminó con la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y

---

incluyendo en todo caso, las necesarias para satisfacer los requisitos básicos de seguridad, habitabilidad y accesibilidad universal, así como las condiciones de ornato y cualesquiera otras derivadas de la imposición, por parte de la Administración, del deber de conservación».

<sup>33</sup> En aplicación de este Real Decreto y con cierto retraso, las Comunidades Autónomas han ido poniendo en marcha sus programas autonómicos por los que desarrollan Planes de Fomento del Alquiler de Viviendas la Rehabilitación Edificatoria y la Regeneración y Renovación Urbanas para el periodo 2013-2016. Una de las primeras ha sido la Comunidad Autónoma de Galicia, que ha aprobado el Decreto 18/2014, de 13 de febrero, por el que se determinan los aspectos básicos de los programas autonómicos de rehabilitación de viviendas y se dan directrices para el desarrollo del Plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016. En la Comunidad de Madrid, en este momento aún no ha salido el plan para el nuevo periodo. Toda la información sobre rehabilitación de viviendas, edificios y barrios se puede encontrar en el Portal de Vivienda de la Comunidad de Madrid ubicado en <http://www.madrid.org>

Renovación Urbanas, que ha regulado la ordenación y la gestión en este ámbito, ha concretado los términos en que debe implantarse el Informe de Evaluación de los Edificios, y ha modificado de forma importante un conjunto de leyes y reglamentos (Ley de Suelo, Ley de Propiedad Horizontal, Ley de Ordenación de la Edificación, CTE, etc.) en aras a facilitar y a ordenar estas actividades. Lo cierto es que, pese a las buenas intenciones de este conjunto de normas, la falta de más ayudas concretas y de mayores beneficios fiscales -que no son compatibles con la reducción del déficit público y de la deuda pública- dificulta el impulso a la realización generalizada de actuaciones de rehabilitación (mucho más de regeneración y renovación urbanas).

Para garantizar el cumplimiento de este deber de conservación, los Ayuntamientos estarán obligados a dictar órdenes administrativas de ejecución de obras de reparación o conservación y de rehabilitación de edificios deteriorados o en condiciones deficientes. La orden de ejecución constituye, pues, un instrumento de control, por lo que ya no será necesario solicitar la correspondiente licencia urbanística, sino que habrá que atenerse a lo dispuesto en la mencionada orden impartida por el Ayuntamiento para la ejecución de las obras que resulten necesarias. El incumplimiento injustificado por los propietarios de estas órdenes de ejecución habilitará a la Administración actuante para llevar a cabo su ejecución subsidiaria a costa del obligado, imponiendo las sanciones previstas por la normativa urbanística y pudiendo llegar incluso a la expropiación (artículos 140 y 176.3 LOTAU y 170 LSCAM). El artículo 9.2 TRLS, en la redacción dada por la LRRR de 2013, regula, incurriendo quizás en algún exceso competencial, las consecuencias del incumplimiento de este deber de conservación. Así, la Administración competente podrá imponer en cualquier momento la realización de obras para el cumplimiento del deber legal de conservación, de conformidad con lo dispuesto en la legislación estatal y autonómica aplicables. El acto de aprobación de la orden administrativa de ejecución que corresponda, determinará la afectación real directa e inmediata, por determinación legal, del inmueble, al cumplimiento de la obligación del deber de conservación. Es más, por sus consecuencias económicas sobre el valor del inmueble y para que terceros interesados conozcan la situación, dicha afectación real se hará constar, mediante nota marginal, en el Registro de la Propiedad, con referencia expresa a su carácter de garantía real y con el mismo régimen de preferencia y prioridad establecido para la afectación real, al pago de cargas de urbanización en las actuaciones de transformación urbanística (por tanto, introduciendo esta garantía de cobro ante eventuales insolvencias del afectado frente a terceros).

En los casos de inexecución injustificada de las obras ordenadas, dentro del plazo conferido al efecto, se procederá a su realización subsidiaria por la Administración Pública competente o a la aplicación de cualesquiera otras fórmulas de reacción administrativa a elección de ésta. En tales supuestos, el límite máximo del deber de conservación podrá elevarse, si así lo dispone la legislación autonómica, hasta el 75% del coste de reposición de la construcción o el edificio correspondiente (el art. 170 LSCAM, no eleva ese porcentaje dejándolo en el límite del deber normal de conservación<sup>34</sup>). Cuando el propietario

---

<sup>34</sup> Art. 170.2 LSCAM: 2. El incumplimiento injustificado de las órdenes de ejecución habilitará a la Administración actuante para adoptar cualquiera de estas medidas:

a) Ejecución subsidiaria a costa del obligado y hasta el límite del deber normal de conservación.

incumpla lo acordado por la Administración, una vez dictada resolución declaratoria del incumplimiento y acordada la aplicación del régimen correspondiente, la Administración actuante remitirá al Registro de la Propiedad certificación del acto o actos correspondientes para su constancia por nota al margen de la última inscripción de dominio.

Como a continuación veremos, la LRRR ha venido a generalizar como instrumento de control municipal del deber de conservación el Informe de Evaluación del Edificio, que viene a sustituir a las conocidas Inspecciones Técnicas de Edificios. Se implanta así un sistema de inspección periódica de los edificios, realizado por técnicos privados homologados, en los que la Administración municipal se limita a supervisar su funcionamiento y controlar los edificios obligados a pasarla.

### **5.3. El deber especial de conservación de la propiedad monumental**

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, el régimen de conservación de terrenos y construcciones tiene importantes singularidades cuando nos encontramos ante aquellos bienes inmuebles que son objeto de protección por su valor histórico-artístico o cultural.

Para ello, resulta necesario conocer qué tipos de bienes pueden ser objeto de protección y qué clase de protección reciben, pues en función de su categoría tendrán unas reglas específicas a la hora de realizar en ellos cualquier tipo de intervención.

La Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, y las legislaciones autonómicas en esta materia que reciben las denominaciones de leyes de Patrimonio Histórico o Patrimonio Cultural<sup>35</sup>, establecen distintas categorías que ayudan a preservar nuestro patrimonio cultural para que lo puedan disfrutar las generaciones futuras. El respeto de esta legislación, que tiene también su propio régimen sancionador, y la preocupación por la conservación de este importante patrimonio en los últimos años, ha permitido la recuperación de importantes edificios y la mejora estética y turística de muchas ciudades. Sin embargo, esta preocupación es reciente, pues a lo largo de una buena parte del Siglo XX nuestro patrimonio sufrió innumerables agresiones y en la actualidad numerosos monumentos están en grave situación de deterioro como consecuencia de la reducción del gasto público destinado a la recuperación del patrimonio cultural.

La categoría más importante es la de Bien de Interés Cultural, que pueden dividirse a su vez en distintas categorías: Monumento, Conjunto Histórico, Sitio Histórico, Jardín Histórico, Zona Arqueológica, etc. La declaración de BIC obliga a realizar una descripción concisa del inmueble y un inventario de sus contenidos, recopilando todos sus datos técnicos e históricos. Toda intervención en un BIC precisa de unos técnicos cualificados y del control por las autoridades de patrimonio. A veces se elaboran diversos instrumentos jurí-

---

b) Imposición de las sanciones previstas en la presente Ley.

c) Expropiación forzosa.

<sup>35</sup> Véanse, por ejemplo, la Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid y la Ley 4/2013, de 16 de mayo, del Patrimonio Cultural de Castilla-La Mancha.



dicos orientados a proteger el bien y su entorno. Así, para los monumentos se suelen llevar a cabo Planes Directores y para los Conjuntos Históricos Planes Especiales de Protección. Estos instrumentos determinan las medidas de conservación a adoptar, planifican estas actuaciones y determinan su presupuesto, concretan los usos permitidos y las limitaciones en los entornos. Los inmuebles que no tienen la protección de BIC pero que tienen algún tipo de interés pueden ser objeto de protección mediante su inclusión, por las autoridades autonómicas o municipales, en Catálogos. Estos son los denominados bienes catalogados o declarados de interés patrimonial.

Los instrumentos de planeamiento con capacidad para clasificar suelo o catalogar bienes y espacios protegidos deberán contener la identificación diferenciada de los bienes integrantes del patrimonio histórico y los criterios para su protección. En consecuencia, la protección conferida a estos bienes por las normativas de patrimonio histórico o cultural debe ser respetada por los instrumentos de planeamiento urbanístico.

Las obras e intervenciones que se lleven a cabo en estos bienes inmuebles deben respetar sus valores históricos y culturales y, en todo caso, se adaptarán a lo establecido en su declaración como bien protegido. El órgano competente de la administración habrá de autorizar, con carácter general, las intervenciones de importancia en estos edificios protegidos. Toda intervención se realizará en lo estrictamente imprescindible para la conservación, restauración o puesta en uso del bien, evitando tratamientos o actuaciones innecesarias que pongan en peligro su integridad. Además, los elementos destinados a reemplazar las partes que faltan deberán integrarse armoniosamente en el conjunto, pero distinguiéndose a su vez de las partes originales, con el objeto de evitar la falsificación tanto histórica como artística. La redacción de proyectos, direcciones técnicas y realización de las intervenciones deberán encomendarse a profesionales cualificados de acuerdo a lo previsto en la Ley de Ordenación de la Edificación, que considera cualquier intervención en estos edificios como obra de edificación, siempre que afecte a elementos o partes protegidas -art. 2.2.c) LOE-.

Pese a que en muchos centros históricos no se respeta esta regla, deberá evitarse la colocación de publicidad comercial, cables, antenas y conducciones visibles en los Jardines Históricos y en las fachadas y cubiertas de los Monumentos.

Los edificios históricos deben mantenerse en el tiempo y por ello, salvo que resulte técnicamente imposible, la declaración de ruina obliga a su rehabilitación y no permite su demolición (véase el art. 25 de la Ley 3/2013, de 18 de junio, de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid).

#### **5.4.El Informe de Evaluación del Edificio como mecanismo de control indirecto del deber de conservación**

Como ya se ha dicho y tal como prescribe el art. 16 LOE, los propietarios deben recibir, conservar y transmitir la documentación del edificio, y, lo que es más importante, conservar en buen estado la edificación, impidiendo deterioros que puedan afectar a la

seguridad del edificio o de las personas y bienes. Para ello, la Ley obliga, no sólo a usarlo adecuadamente, sino también a mantenerlo en condiciones que permitan una correcta prestación de sus funciones a lo largo de toda su vida útil. Incluso, el artículo 19.9.e) LOE establece que las garantías que la Ley exige –seguros obligatorios– no cubrirán los daños ocasionados por mal uso o falta de un mantenimiento adecuado del edificio. Con esta manifestación expresa del legislador se invierte la carga de la prueba y, a partir de ahora, será el propietario el que deba probar el cumplimiento de este deber, (al cual ya se han referido otras normas ya vistas como el art. 9.1 TRLS, el artículo 137 LOTAU, el artículo 168 LSCAM, los artículos 9.1 y 10.1 LPH, o los artículos 389 y 1907 del Código Civil, etc.).

Para garantizar el cumplimiento de este deber de conservación, los Ayuntamientos estarán obligados a dictar órdenes de ejecución de obras de reparación o conservación y de rehabilitación de edificios deteriorados o en condiciones deficientes. El incumplimiento injustificado por los propietarios de estas órdenes de ejecución habilitará a la Administración actuante para llevar a cabo su ejecución subsidiaria a costa del obligado, imponiendo las sanciones previstas por la normativa urbanística y pudiendo llegar incluso a la expropiación<sup>36</sup>.

Hay que destacar, en los últimos años, la aparición de normas municipales y autonómicas que imponen a los propietarios la obligación de efectuar una **inspección técnica de los edificios** antiguos. Se trata, pues, de un sistema de control indirecto del estado de conservación de los edificios ejercido por sujetos privados. Los contenidos de las regulaciones existentes son en algunos puntos bastante dispares, (períodos de tiempo, alcance de la inspección, etc.). Ésta será llevada a cabo por técnicos titulados competentes encargados de examinar su estado de seguridad constructiva e indicar las medidas de conservación a adoptar. Normalmente, estos profesionales harán constar el resultado de su intervención en un impreso normalizado, que podrá ser visado por el Colegio Profesional correspondiente (aunque el Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, no lo incluye entre el listado de actuaciones sometidas a visado obligatorio). Una copia del mismo se entregará a los propietarios (que habrán de incluirlo en el Libro del Edificio y servirá como documento probatorio del cumplimiento de esta exigencia), otra se la quedará el técnico, otra el colegio y otra irá al Ayuntamiento.

El origen de estas inspecciones se halla en la Ordenanza sobre Conservación, Rehabilitación y Estado Ruinoso de las Edificaciones que, ante la creciente preocupación originada por la ruina de antiguos edificios del casco histórico, aprobó el Ayuntamiento de Madrid en el Pleno de 28 de enero de 1999 (la versión vigente es del 30 de noviembre de 2011)<sup>37</sup>. Esta Ordenanza incorporaba la obligación, a partir del año 2000, de realizar cada diez años una inspección técnica (ITE) de los edificios que cuenten con más de 20 años de antigüedad (ahora de 30 al adecuarse la Ordenanza a lo establecido que por la legislación urbanística autonómica). Esta Ordenanza (art. 18) considera técnicos competentes a los

---

<sup>36</sup> Véanse los artículos 140 y 176.3 LOTAU y el artículo 170 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

<sup>37</sup> El Ayuntamiento de Madrid contiene una información muy completa de su régimen de inspecciones técnicas de edificios en la web del Ayuntamiento [www.munimadrid.es](http://www.munimadrid.es) (sección urbanismo e infraestructuras).

facultativos o entidades homologados y registrados que cumplan las condiciones previstas en la Disposición Adicional Única de la Ley 9/2001 de Suelo de la Comunidad de Madrid, y, en el supuesto de edificios pertenecientes a Administraciones Públicas, a los facultativos de sus servicios técnicos.

De acuerdo a la Disposición Adicional Única a la que nos acabamos de referir, podrán ser homologados y posteriormente registrados como entidades de inspección técnica:

- a) Los profesionales titulados, inscritos como ejercientes en el correspondiente Colegio Profesional, individualmente o asociados en las formas que autoricen las normas profesionales de este último, para actuar en el ámbito de competencias profesionales que les confiera legalmente el título que ostenten.
- b) Toda clase de personas jurídicas legalmente constituidas que no dependan, ni estén vinculadas a entidades o empresas de la construcción o de la promoción inmobiliaria y entre cuyos fines o en cuyo objeto no figuren la promoción inmobiliaria, la construcción, la administración de inmuebles o la intermediación en el sector inmobiliario.

La homologación requerirá acreditar:

- a) Cuando se trate de profesionales:
  - 1º Una colegiación como ejerciente por más de cinco años consecutivos como mínimo.
  - 2º No estar suspendido o tener prohibido el ejercicio profesional en virtud de resolución administrativa firme o Sentencia ejecutiva.
  - 3º Contar con una experiencia profesional efectiva plasmada en trabajos relativos a proyectos o dirección de obras o de informe o dictamen técnicos sobre construcciones, edificaciones o instalaciones.
  - 4º Tener suscrita póliza de cobertura de los riesgos por responsabilidad profesional en los términos que se precisen reglamentariamente.
- b) Cuando se trate de entidades:
  - 1º Contar con al menos dos profesionales titulados legalmente habilitados para proyectar y dirigir por cada uno de los tipos legales de obras, construcciones y edificaciones respecto de las cuales pretenda ejercer su actividad, los cuales deberán reunir las condiciones establecidas anteriormente.
  - 2º Tener suscrita y en vigor póliza de cobertura de los riesgos por responsabilidad profesional en los términos que se determinen reglamentariamente.

El artículo 169 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid impone este deber en toda la Comunidad en relación con los edificios que tengan una antigüedad superior a 30 años. Esta revisión se efectuará cada 10 años. En cambio, en la Comunidad de Castilla-La Mancha el cumplimiento de este requisito sólo se exige a los edificios de más de 50 años, aunque deberán realizar las inspecciones cada 5 años (art. 138 LOTAU)<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Por su gran interés véase también el Decreto 241/2012, de 21 de noviembre, por el que se regula la inspección técnica de edificios en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Ante la reiterada inactividad constatada en muchos municipios a la hora de aprobar las ordenanzas reguladoras de las inspecciones técnicas de edificios, en desarrollo de las previsiones contenidas en las legislaciones urbanísticas autonómicas, y con la clara intención de dinamizar la actividad constructiva en el ámbito de la rehabilitación edificatoria, el Gobierno del Estado aprobó el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, en virtud del cual y según su Exposición de Motivos «se generaliza la obligatoriedad de pasar una inspección técnica de edificios y se dota a este instrumento de la uniformidad necesaria para garantizar unos contenidos que ayuden a conseguir la adaptación del parque de viviendas existente a los criterios mínimos de calidad exigidos». Así, su artículo 21 establecía que, salvo que la normativa autonómica, como la madrileña por ejemplo, estableciese un plazo diferente, en los municipios con población superior a 25.000 habitantes los edificios con una antigüedad superior a 50 años, destinados preferentemente a uso residencial deberían ser objeto de una inspección técnica periódica que asegure su buen estado y debida conservación, y que cumplierse, como mínimo, los siguientes requisitos:

- a) Evaluar la adecuación de estos inmuebles a las condiciones legalmente exigibles de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato.
- b) Determinar las obras y trabajos de conservación que se requieran para mantener los inmuebles en el estado legalmente exigible, y el tiempo señalado al efecto.

El Estado ha pretendido dar un nuevo impulso a estas inspecciones, con la clara intención de contribuir a la reactivación parcial del sector de la construcción a la vez que pretende mejorar el deficiente estado de conservación de un porcentaje muy alto de los edificios españoles y en el marco del Plan de Vivienda previsto para el periodo 2013-2016. También ha querido facilitar que los Ayuntamientos puedan organizar más fácilmente estas inspecciones, dado que sólo los más importantes han sacado hasta la fecha las ordenanzas reguladoras pertinentes. Por ello, la LRRR ha derogado las previsiones contenidas en el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, sustituyéndolas por una nueva regulación más completa de lo que ahora pasa a denominarse **Informe de Evaluación del Edificio**, cuya generalización se prevé en los cinco años siguientes a la entrada en vigor de la Ley y que no contiene limitación alguna en relación con el número de habitantes del municipio (ya que la aplicación a municipios de más de 25.000 habitantes, establecida por el Real Decreto-Ley 8/2011 con anterioridad no tenía mucho sentido si de lo que hablamos es de garantizar el adecuado estado de conservación de las edificaciones garantizando su seguridad para personas y bienes). Este informe de evaluación del edificio incorpora el análisis, junto a los ya tratados requisitos de seguridad y habitabilidad, de la accesibilidad del edificio y de su eficiencia energética. Junto a las previsiones contenidas en la LRRR, el RD 233/2013, de 5 de abril, (por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016) considera subvencionables los costes de elaboración de estos informes y de las obras consecuencia de los mismos, y, lo que resulta de gran importancia, contiene un Anexo II con un formulario muy completo que habrá de cumplimentarse por los técnicos que lleven a cabo el informe, salvo que haya otro equivalente específico del municipio que corresponda.

Por lo que se refiere a la LRRR, su artículo 4 contiene la regulación del informe de evaluación de los edificios en los siguientes términos:

1. Los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva<sup>39</sup> podrán ser requeridos por la Administración competente para que acrediten la situación en la que se encuentran aquéllos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y con el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre el grado de eficiencia energética de los mismos.
2. El Informe de Evaluación que determine los extremos que acabamos de señalar, identificará el bien inmueble, con expresión de su referencia catastral y contendrá, de manera detallada:
  - a) La evaluación del estado de conservación del edificio.
  - b) La evaluación de las condiciones básicas de accesibilidad universal y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización del edificio, de acuerdo con la normativa vigente<sup>40</sup>, estableciendo si el edificio es susceptible o no de realizar ajustes razonables para satisfacerlas.
  - c) La certificación de la eficiencia energética del edificio, con el contenido y mediante el procedimiento establecido para la misma por el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> El artículo 2 LRRR en su punto 6 define como edificio de tipología residencial de vivienda colectiva “el compuesto por más de una vivienda, sin perjuicio de que pueda contener, de manera simultánea, otros usos distintos del residencial. Con carácter asimilado se entiende incluida en esta tipología, el edificio destinado a ser ocupado o habitado por un grupo de personas que, sin constituir núcleo familiar, compartan servicios y se sometan a un régimen común, tales como hoteles o residencias”.

<sup>40</sup> Téngase en cuenta el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, que aprueba las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones. Véanse también la Ley 1/1994, de 24 de mayo, de accesibilidad y eliminación de barreras de Castilla-La Mancha (en especial sus artículos 10 a 17 y 33 y ss.), y el Decreto 158/1997, de 2 de diciembre, por el que se aprueba en Castilla-La Mancha el Código de Accesibilidad. Ténganse en cuenta la Ley 8/1993, de 22 de junio, de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas de la Comunidad de Madrid, y el Decreto 68/1983, de 30 de junio, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo del régimen sancionador en materia de promoción de la accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas de la Comunidad de Madrid.

<sup>41</sup> Téngase en cuenta que cuando sea necesario pasar Informe de Evaluación del Edificio, no sólo las viviendas y locales, sino también los garajes y trasteros deberán ser examinados en el estudio del conjunto del edificio. La Ley de Ordenación de la Edificación, en el art. 2.3 establece que dentro de la edificación se consideran comprendidas las instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización que permanezcan adscritos al edificio. Cuando, a la hora de realizar un Informe de Evaluación del Edificio o una ITE, un técnico tenga que calificar la eficiencia energética de un edificio en su conjunto debe analizar tanto la envolvente térmica del edificio, como sus instalaciones térmicas y de iluminación y la calidad de aire interior -art. 6.d) RD 235/2013- para poder dar unos datos globales de la edificación. Si bien los garajes y trasteros, por regla general, no tienen calefacción, si tienen controles de emisiones de vehículos, instalaciones de iluminación, puertas automatizadas, que implican un consumo energético. A mi modo de ver, el estudio de la eficiencia energética del edificio a efectos de

Cuando, de conformidad con la normativa autonómica o municipal, exista un Informe de Inspección Técnica que ya permita evaluar los extremos señalados en las letras a) y b) anteriores, se podrá complementar con la certificación referida en la letra c) -la de eficiencia energética del edificio-, y surtirá los mismos efectos que el informe regulado por esta Ley<sup>42</sup>.

Este Informe de Evaluación, cuando sea realizado por encargo de la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios que se refieran a la totalidad de un edificio o complejo inmobiliario, extenderá su eficacia a todos y cada uno de los locales y viviendas existentes.

Su validez es de 10 años, por lo que tras la primera inspección, el Informe de Evaluación tendrá una periodicidad mínima de diez años, pudiendo establecer las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos una periodicidad menor. Así, en la Comunidad de Madrid las inspecciones sucesivas se realizan cada 10 años, mientras que en Castilla-La Mancha se realizan cada 5.

El incumplimiento del deber de cumplimentar en tiempo y forma el Informe de Evaluación, de conformidad con lo previsto en el art. 4 y en la Disp. Transitoria Primera de la LRRR, tendrá la consideración de infracción urbanística, con el carácter y las consecuencias que atribuya la normativa urbanística aplicable al incumplimiento del deber de dotarse del informe de inspección técnica de edificios o equivalente, en el plazo expresamente establecido. Una vez realizada la inspección, los propietarios de inmuebles obligados a la realización del informe regulado por este artículo deberán remitir una copia del mismo al organismo que determine la Comunidad Autónoma, con el fin de que dicha información forme parte de un Registro integrado único. La misma regla resultará de aplicación en relación con el informe que acredite la realización de las obras correspondientes, en los casos en los que el informe de evaluación integre el correspondiente a la inspección técnica, y siempre que de éste último se derivase la necesidad de subsanar las deficiencias observadas en el inmueble.

Estas inspecciones, según el art. 5 LRRR, sirven también para nutrir los censos de construcciones, edificios, viviendas y locales precisados de rehabilitación. Para suscribir este tipo de informes el art. 6 LRRR capacita a los técnicos facultativos competentes y a las entidades de inspección registradas que pudieran existir en las Comunidades Autónomas, siempre que cuenten con dichos técnicos (en la línea, por tanto, de lo dispuesto en la Disposición Adicional Única LSCAM a la que antes hemos aludido). A tales efectos se considera técnico facultativo competente el que esté en posesión de cualquiera de las

---

ITE/IEE debería comprender también el de la iluminación de la urbanización (farolas) y otros elementos del inmueble que consuman energía.

<sup>42</sup> La actual ordenanza del Ayuntamiento de Madrid de 2011, en su art. 19.4, contempla el estudio del comportamiento térmico del edificio, con el fin de informar a los propietarios de medidas que permitan el fomento de la eficiencia energética del edificio, sin que en ningún caso éste pueda tener efectos en el resultado, favorable o desfavorable, de la inspección.

titulaciones académicas y profesionales habilitantes para la redacción de proyectos o dirección de obras y dirección de ejecución de obras de edificación, según lo establecido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Normalmente, en edificios destinados a vivienda son los Arquitectos y Arquitectos Técnicos, aunque esta cuestión no ha estado exenta de polémica, pues en la práctica han surgido problemas importantes cuando en algunos Ayuntamientos se han presentado inspecciones suscritas por ingenieros de diverso tipo. Por ello, el art. 6 LRRR también contempla la posibilidad de que puedan elaborar estos informes aquellos que hayan acreditado la cualificación necesaria para suscribirlos. Esta cualificación se regula en la Disposición Final decimotercera LRRR que establece, retrasando quizás la solución a este tipo de problemas, que mediante Orden del Ministerio de Industria, Energía y Turismo y del Ministerio de Fomento, se determinarán las cualificaciones requeridas para suscribir los Informes de Evaluación de Edificios, así como los medios de acreditación, para lo que se tendrá en cuenta la titulación, la formación, la experiencia y la complejidad del proceso de evaluación. Por otro lado, cuando se trate de edificios pertenecientes a las Administraciones Públicas, podrán suscribir los Informes de Evaluación -igual que sucede con los certificados de eficiencia energética de los edificios públicos- los responsables de los correspondientes servicios técnicos que, por su capacitación profesional, puedan asumir las mismas funciones a que se refiere el apartado anterior.

Realizado el informe, las deficiencias que se observen en relación con la evaluación del edificio se justificarán bajo el criterio y la responsabilidad del técnico competente que lo suscriba, lo que, lógicamente, obligará al propietario a realizar las obras y actuaciones descritas por el técnico, sobre todo en los supuestos de deficiencias graves, pues como hemos dicho el acta de la inspección suele producir los mismos efectos jurídicos que una orden de ejecución municipal. Por tanto, cuando de la inspección realizada resulten deficiencias, la eficacia del documento acreditativo de la misma, a los efectos de justificar el cumplimiento del deber legal de conservación, quedará condicionada a la certificación de la realización efectiva de las obras y los trabajos de conservación requeridos para mantener el inmueble en el estado legalmente exigible, y en el tiempo señalado al efecto.

Debe señalarse que los técnicos deberán realizar el informe o inspección con absoluta profesionalidad, pues la responsabilidad profesional que se adquiere es la misma con independencia de la tarifa que se pueda percibir. Muchos técnicos han rebajado sus honorarios de forma importante y ello, en ocasiones, ha provocado inspecciones o informes defectuosos. Por ello, las normas autonómicas exigen que el técnico cuente con un seguro de responsabilidad profesional que le permita responder ante posibles reclamaciones. Junto a la Administración -aunque aquí la Ley no establece un sistema de control externo de las inspecciones, lo que resulta aún más criticable si tenemos en cuenta que el art. 9 del RD 235/2013, de 5 de abril, sí contempla un control autonómico externo y aleatorio de los certificados de eficiencia energética del edificio-, los colegios profesionales están obligados a controlar el correcto ejercicio profesional de sus colegiados, sancionando deontológicamente algunas malas prácticas que han surgido a la hora de inspeccionar técnicamente los edificios. También resulta paradójico -pues las Disposiciones Adicionales 3ª y 4ª LRRR

sí lo han hecho en materia de certificación energética de los edificios- que no se haya aprovechado para establecer un régimen sancionador que garantice la correcta aplicación del informe de evaluación del edificio, y ello tanto con el objetivo de acabar con las malas prácticas que se han producido en el mercado de las inspecciones técnicas de los edificios, como para forzar realmente a los Ayuntamientos y Comunidades Autónomas a que pongan en marcha definitivamente su aplicación.

El calendario para la puesta en marcha de este sistema de evaluación del estado de conservación de los edificios se contempla en la Disposición Transitoria primera LRRR. Sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas aprueben una regulación más exigente y de lo que dispongan las ordenanzas municipales, la obligación de disponer del informe de evaluación del edificio deberá hacerse efectiva, como mínimo, en relación con los siguientes edificios y en los plazos que a continuación se establecen:

- a) Los edificios de tipología residencial de vivienda colectiva con una antigüedad superior a 50 años, en el plazo máximo de cinco años, a contar desde la fecha en que alcancen dicha antigüedad, salvo que ya cuenten con una inspección técnica vigente, realizada de conformidad con su normativa aplicable y con anterioridad a la entrada en vigor de la LRRR. En este último caso, se exigirá el Informe de Evaluación cuando corresponda su primera revisión de acuerdo con aquella normativa, siempre que la misma no supere el plazo de diez años, a contar desde la entrada en vigor de la LRRR. Si así fuere, el Informe de Evaluación del Edificio deberá cumplimentarse con aquellos aspectos que estén ausentes de la inspección técnica realizada -por ejemplo, el certificado de eficiencia energética-.
- b) Los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas con el objetivo de acometer obras de conservación, accesibilidad universal o eficiencia energética, con anterioridad a la formalización de la petición de la correspondiente ayuda.
- c) El resto de los edificios (no destinados a vivienda, lógicamente), cuando así lo determine la normativa autonómica o municipal, que podrá establecer especialidades de aplicación del citado informe, en función de su ubicación, antigüedad, tipología o uso predominante. Queda pues abierta la posibilidad de someter a informe el resto de edificios no destinados a vivienda, pudiendo las comunidades autónomas exigir su obligatoriedad y regular los plazos concretos para su realización.

Con el objeto de evitar duplicidades entre el Informe regulado por la LRRR y la Inspección Técnica de Edificios o instrumento de naturaleza análoga que pudiera existir en los Municipios o Comunidades Autónomas, el informe resultante de la ITE se integrará como parte del Informe de Evaluación del Edificio, teniéndose éste último por producido, en todo caso, cuando el ya realizado haya tenido en cuenta exigencias derivadas de la normativa autonómica o local iguales o más exigentes a las establecidas por la LRRR.

No debe olvidarse que los defectos de conservación y mantenimiento del edificio podrán originar la responsabilidad de sus propietarios cuando causen daños a personas y/o bienes (art. 1907 del Código Civil) y ello con independencia de que el edificio esté o no obligado a pasar el Informe de Evaluación del Edificio.



Por último, recordemos que el artículo 20 del Real Decreto 233/2013, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, considera actuaciones subvencionables dentro del Programa de Fomento de la Rehabilitación Edificatoria las obras y trabajos que se acometan para subsanar una buena parte de las deficiencias detectadas, con carácter desfavorable, por el «informe de evaluación del edificio» o informe de inspección técnica equivalente. También numerosas medidas adoptadas para mejorar la eficiencia energética del edificio, su accesibilidad, la protección frente al ruido y el tratamiento de los residuos generados desde el edificio. También su art. 33 contempla un programa de apoyo a la implantación y generalización del Informe de evaluación de los edificios, que incluya el análisis de las condiciones de accesibilidad, eficiencia energética y estado de conservación de los mismos, mediante una subvención que cubra parte de los gastos de honorarios profesionales por su emisión. También cubre los honorarios de las inspecciones que se efectúen en municipios o Comunidades Autónomas que cuenten con un modelo propio de Inspección Técnica de Edificios, o instrumento análogo, siempre que incluya todos los aspectos que forman parte del Anexo II del citado Real Decreto, admitiéndose dicho modelo en sustitución de éste siempre que esté suscrito por técnico competente, se haya cumplimentado y tramitado de acuerdo con lo establecido en la normativa que le sea de aplicación y esté actualizado de conformidad con la misma. De conformidad con su art. 34, podrán ser beneficiarios de estas ayudas las comunidades de vecinos, agrupaciones de comunidades o propietarios únicos de edificios de carácter predominantemente residencial, que cuenten con el informe de evaluación antes de que finalice el año 2016<sup>43</sup>.

### 5.5. La declaración de ruina

Debemos tener en cuenta que, con la importante excepción de los edificios históricos, el deber de conservación termina con la declaración de ruina. En los edificios históricos, la declaración de ruina tiene precisamente el efecto contrario, el de ordenar la rehabilitación del edificio, salvo que ello sea imposible técnicamente por el avanzado estado de deterioro del edificio. La regulación de la situación legal de ruina corresponde a las Comunidades Autónomas. La ruina debe considerarse como antiguamente se entendía la ruina técnica, que a su vez se basa en la ruina económica. Edificios que por sus defectos y mal estado de conservación presentan un estado muy

<sup>43</sup> Artículo 35. *Gestión y cuantía de las ayudas.*

1. El Ministerio de Fomento transferirá a la Comunidad Autónoma o Ciudad de Ceuta o Melilla el importe de la subvención, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley General Presupuestaria, y tal y como se especifique en los convenios de colaboración.
2. Las ayudas consistirán en una subvención, equivalente a una cantidad máxima de 20 euros por cada una de las viviendas de las que conste el edificio, y una cantidad máxima de 20 euros por cada 100 m<sup>2</sup> de superficie útil de local, sin que en ningún caso pueda superarse la cantidad de 500 euros, ni el 50% del coste del informe por edificio.

Artículo 36. *Condiciones para el otorgamiento de las ayudas.*

Para la obtención de la ayuda, será preciso presentar el Informe de evaluación del edificio, con los contenidos que figuran en el anexo II de este real decreto, debidamente cumplimentado y suscrito por técnico competente. Deberá aportarse también la correspondiente factura de honorarios, original o copia, emitida por el profesional o los profesionales que hubieren realizado el informe.

deteriorado técnicamente, para cuya reparación habría que invertir más de la mitad del valor de un edificio nuevo de similares características. Procede en ese caso, por regla general, la declaración de ruina del edificio, paso previo a que pueda producirse la demolición del mismo.

Cosa distinta es lo que antes se conocía como ruina urbanística, que afecta a los edificios calificados “fuera de ordenación”, normalmente porque un plan urbanístico posterior al momento en que fueron construidos contiene otras determinaciones que hacen incompatible a la edificación con la nueva ordenación. En ese caso, por regla general, la Administración municipal podrá optar entre expropiar el inmueble para adaptarlo a la nueva ordenación, en cuyo caso estará obligada a satisfacer el correspondiente justiprecio y a indemnizar los daños y perjuicios que pudieran producirse, o permitir el mantenimiento del edificio, pero impidiendo obras de aumento de volumen o de rehabilitación y consolidación estructural, así como aquellas que pretendan incrementar su valor de expropiación (sí se permitirán en cambio las pequeñas reparaciones que exigieren el ornato, la higiene y la conservación del inmueble). Al no poderse realizar obras de consolidación, el edificio acabará por ser declarado en ruina técnica al final de su vida útil y, luego, ya los usos y construcciones que se realizarán en el inmueble deberán adaptarse a la ordenación que exista en ese momento.

A la situación legal de ruina se refiere el art. 171 LSCAM, que con terminología confusa –por lo que acabamos de decir– dispone que procederá la declaración de la situación legal de ruina urbanística de una construcción o edificación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el coste de las reparaciones necesarias para devolver a la construcción o edificación la estabilidad, seguridad, estanqueidad y consolidación estructurales o para restaurar en ella las condiciones mínimas para hacer posible su uso efectivo legítimo, supere la mitad del valor de un edificio o construcción de nueva planta con similares características e igual superficie útil que la existente, excluido el valor del suelo.
- b) Cuando, acreditando el propietario el cumplimiento puntual y adecuado de las recomendaciones de al menos los informes técnicos correspondientes a las dos últimas inspecciones periódicas, el coste de los trabajos y obras realizados como consecuencia de esas dos inspecciones, sumado al de las que deban ejecutarse a los efectos señalados en la letra anterior, supere el límite del deber normal de conservación, con comprobación de una tendencia constante y progresiva en el tiempo al incremento de las inversiones precisas para la conservación del edificio o la construcción.

Corresponderá entonces al Alcalde la declaración de la situación legal de ruina, previo procedimiento en el que, en todo caso, deberá darse audiencia al propietario o propietarios interesados y los demás titulares de derechos afectados. La declaración de la situación legal de ruina deberá incluir las medidas necesarias para evitar daños a personas y bienes y pronunciarse sobre el incumplimiento o no del deber de conservación de la construcción o el edificio, lo que no procederá cuando los daños en el edificio hayan sido causados por fuerza mayor, hecho fortuito o culpa de tercero, así como cuando el propietario o propietarios hayan sido diligentes en el mantenimiento y uso del inmueble.

Una vez declarado en ruina un edificio el propietario habrá de proceder, a su elección, a la completa rehabilitación o a la demolición, (en este último caso siempre que se trate de una construcción o un edificio no catalogado, ni protegido, ni sujeto a procedimiento alguno dirigido a la catalogación o al establecimiento de un régimen de protección integral).

El art. 172 LSCAM regula lo que se denomina ruina inminente, lo que se produce cuando una construcción o un edificio amenace ruina inmediata, con peligro para la seguridad pública o la integridad del patrimonio arquitectónico catalogado o declarado de interés histórico o artístico. En este caso, el Alcalde estará habilitado para disponer, motivadamente (art. 54 LRJ-PAC), todas las medidas que sean precisas, incluido el apuntalamiento de la construcción o el edificio y su desalojo. Dichas medidas podrán extenderse, excepcionalmente, a la demolición que sea estrictamente indispensable para proteger adecuadamente valores superiores y, desde luego, la integridad física de las personas. En ese caso, todos los gastos en que incurra el Ayuntamiento por razón de las medidas adoptadas serán repercutibles en el propietario o propietarios, en vía administrativa y hasta el límite del deber normal de conservación.

## **6. El control de la legalidad urbanística y su protección**

### **6.1. El control de la legalidad urbanística**

#### **6.1.1. El control de la legalidad urbanística y sus modalidades**

Las actividades en materia de edificación y uso del suelo son objeto de control por parte de las Administraciones públicas con el fin de determinar si se ajustan en su contenido a las normas urbanísticas vigentes y también a las normas sobre ordenación del territorio y de protección del dominio público. Ese control previo tiene por objetivo impedir actuaciones incompatibles con la ordenación urbanística. Salvo en el caso de controles ejercidos por la Administración del Estado para proteger el medio ambiente o el dominio público, el control de la legalidad urbanística es una materia de competencia claramente autonómica (art. 148.1.3ª C.E.). Por tanto, su régimen jurídico vendrá determinado por la legislación urbanística autonómica, por el reglamento de desarrollo de esa legislación si existe, y por las ordenanzas locales del municipio en que tenga lugar la actuación. Recordemos que el art. 9.7 TRLS dispone que todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial o urbanística. De acuerdo al art. 84 LBRL, las entidades locales podrán intervenir en la actividad de los ciudadanos a través del sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo, necesidad de comunicación previa o declaración responsable, sometimiento a control posterior al inicio de la actividad a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma, y dictado de órdenes individuales constitutivas de mandato para ejecutar un acto o impedir el mismo. Esta actividad de intervención de las entidades locales deberá ajustarse, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue, y se ejercerá con independencia de los controles que realicen otras administraciones públicas, respetando en todo caso lo dispuesto en las leyes que regulen los sectores específicos de la actividad administrativa.

Este control público se ejerce a través de los mecanismos de intervención o control municipal en actos de uso del suelo, construcción y edificación -las licencias urbanísticas- o a través de las autorizaciones que deban conceder las distintas Administraciones Públicas. En muchos casos, sobre todo tras la implantación en nuestro país a través de diversas normas de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre servicios en el mercado interior, la implantación de ciertas actividades o la realización de las llamadas “obras menores” se supervisan por las Administraciones a través del régimen de la comunicación previa o de la declaración responsable, a las que luego nos referiremos específicamente. También en determinados casos, la legislación sobre evaluación de impacto ambiental obliga a que determinados proyectos de obras se vean sometidos al régimen de la Evaluación de Impacto Ambiental (recordemos que el planeamiento debe someterse a la denominada Evaluación Ambiental Estratégica). En fin, determinadas actividades, por su potencial peligrosidad sobre el medio ambiente y los recursos naturales, precisan de una licencia especial de lo que denominamos “actividades clasificadas”, conforme a lo dispuesto por la normativa autonómica sobre estas actividades o, en su defecto, por el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprobaba el Reglamento de Actividades Molestas, Nocivas, Insalubres y Peligrosas. En muchas ocasiones, por la complejidad del proyecto a realizar y por las peligrosas consecuencias para el medio ambiente, se exigen multitud de controles que se tramitan en un procedimiento único, aunque muy complejo, que conocemos como “autorización ambiental integrada”.

A continuación hablaremos de los mecanismos de control previo municipal de actividades en materia de edificación y uso del suelo, que fundamentalmente son las licencias urbanísticas, y los sistemas de comunicación previa y declaración responsable. Pero, como acabamos de decir, además de estos controles<sup>44</sup> y de la posible exigencia de licencia de actividades clasificadas o la evaluación de impacto ambiental favorable del proyecto a ejecutar, la construcción de edificios o el ejercicio de determinadas actividades en ellos exigen la concesión de otras autorizaciones administrativas que vienen a controlar el ejercicio de actuaciones más específicas por su ubicación o especial relevancia para el interés público. Podemos hacer a continuación una enumeración de las más significativas.

- En primer lugar tenemos las autorizaciones derivadas de normas urbanísticas sobre usos y construcciones en suelos rurales preservados o urbanizables en un futuro, de conformidad con la naturaleza de los terrenos y siempre que se destinen a los fines previstos en las leyes o en el planeamiento.
- En segundo término tenemos aquellas autorizaciones que vienen impuestas por las normas que velan por la protección del dominio público. Éstas suelen impedir las edificaciones y construcciones en sus zonas de protección, aunque excepcionalmente la Administración del Estado, o las autonómicas cuando sean competentes, podrán

---

<sup>44</sup> El art. 151.2 LSCAM establece que están también sujetos a licencia urbanística los actos de uso del suelo, construcción y edificación que realicen los particulares en terrenos de dominio público, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que deba otorgar el ente titular de dicho dominio.

autorizarlas. Entre otras normas podemos citar los artículos 25 y 42 y siguientes de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (algunos de ellos modificados por la polémica Ley 2/2013, de 29 de mayo); 73, 74.b) y 75 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante; 21 a 23 y 25 a 27 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras; 6 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas; u otras normas autonómicas que resulten de aplicación.

- Los artículos 19 a 23 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español y también las correspondientes normas autonómicas exigen también, como hemos visto al final de la lección anterior, determinadas autorizaciones para obras o intervenciones en edificios protegidos por razones históricas o culturales.
- Finalmente, existen autorizaciones administrativas que obedecen a razones de seguridad. Así, los artículos 3 de la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, y 7 del Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, regulan la concesión de autorizaciones de emplazamiento y construcción de las instalaciones nucleares y radiactivas. También, en zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional los artículos 9 y 11 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, exigen autorización previa para la realización de obras en las zonas de seguridad de dichas instalaciones.

Dejaremos al margen, los sistemas públicos de control que obedecen a razones de protección ambiental, del dominio público, de la seguridad nacional o del patrimonio histórico, para centrarnos en los controles urbanísticos propiamente dichos. Estos sistemas pretenden fundamentalmente evitar cualquier actuación disconforme con el planeamiento urbanístico o con la normativa urbanística vigente, constituyendo, por tanto, medidas preventivas para la protección de la legalidad urbanística. Los controles municipales, en especial la licencia, no proceden ya cuando estemos ante obras derivadas de proyectos de urbanización aprobados previamente por la Administración, ni tampoco en los casos de órdenes de ejecución de actuaciones de conservación y mantenimiento dictadas por los Ayuntamientos, pues ahí ya ha existido el pertinente control municipal (art. 151.3 LSCAM). Tampoco procede el sometimiento a licencia de los actos promovidos por otras Administraciones Públicas, pues los proyectos de obras y servicios públicos y los de construcción, edificación y uso del suelo, incluidos los de viviendas de promoción pública, se someterán cuando sean urgentes o de excepcional interés público a un procedimiento cuya resolución producirá los efectos propios de la licencia municipal. El proyecto de la actuación deberá someterse a informe del Ayuntamiento, que deberá resolver en un plazo determinado y que de ser positivo supondrá la declaración municipal definitiva de su viabilidad urbanística. De no serlo se realizará un procedimiento contradictorio en el que también estará presente un problema competencial y que será resuelto por el Consejo de Ministros o por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, en función de cuál sea la Administración que propone el proyecto. A ello se refiere el artículo 161 LSCAM y la Disposición Adicional 10ª TRLS de 2008 (que ha venido a sustituir al antiguo art. 244.2 del Texto Refundido de 1992). En el caso de proyectos propios de la Administración mu-

nicipal en su término, el acuerdo que los autorice o apruebe producirá los mismos efectos que la licencia urbanística (art. 151.4 LSCAM).

### 6.1.2. En especial la licencia urbanística

#### a) Concepto

La forma tradicional de ejercicio de la actividad de policía para el control de la adecuación a la normativa de las actividades urbanísticas ha venido siendo el sometimiento a autorización o licencia. Ese control previo, se articula a partir de la imposición de un deber general de solicitar de la Administración municipal autorización o licencia para todos los actos de construcción o edificación e instalación y de uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, que impliquen una transformación material de los terrenos o del espacio.

Conviene recordar que la licencia urbanística *es un acto administrativo de autorización de carácter reglado que impone un sistema de control preventivo y declarativo para garantizar la adecuación de la actividad del solicitante, definida claramente en el proyecto, a los instrumentos de planeamiento y a la normativa urbanística que se encuentren vigentes.*

Se trata, pues, de un acto declarativo porque la licencia no concede ningún derecho, sino que es el planeamiento o las normas urbanísticas que resulten de aplicación los que permiten o impiden el ejercicio de dicha actuación por los particulares que la solicitan. En consecuencia, y por eso es un acto administrativo de carácter reglado, la Administración estará obligada a otorgarla cuando la actividad solicitada sea acorde con la legalidad vigente en ese momento (aunque se prevea una próxima modificación de la normativa urbanística<sup>45</sup>) y a denegarla cuando no se adapte completamente a la misma.

El objeto de la licencia será, por tanto, la comprobación por parte de la Administración municipal de que las actuaciones de los administrados se adecúan a la ordenación territorial y urbanística vigente. Por ello, en el estudio de las solicitudes, los Ayuntamientos estarán obligados a observar no sólo la normativa urbanística, sino también aquella que pueda resultar de aplicación (normativa sobre el dominio público, sobre edificación, sobre patrimonio histórico, etc.). Ahora bien, la licencia de construcción no implica también la concesión de otras licencias que puedan tener relación con la actuación edificatoria, como las de actividad, reforma, rehabilitación, cambio de uso y primera ocupación, que el interesado también estará obligado a solicitar.

---

<sup>45</sup> De acuerdo con el principio de publicidad de las normas expresado en los artículos 9.3 C.E. y 70.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, los Ayuntamientos se ven obligados a denegar las licencias, cuyas solicitudes se amparan en una futura modificación del planeamiento, por no adaptarse a la normativa vigente. La concesión de licencias ha de hacerse conforme a las normas que se hallen en vigor en el momento de su otorgamiento y ello pese a que las futuras normas urbanísticas estén aprobadas provisional o definitivamente, o, incluso, publicadas. A la inversa, habrán de denegar las licencias amparadas en la normativa vigente en el momento de la solicitud cuando resulten contrarias a la que se encuentre en vigor en el momento de su concesión, salvo que hubiese transcurrido el plazo para entenderlas estimadas por silencio administrativo, (SSTS de 29 de abril de 1997 y de 6 de febrero de 1998).

Las licencias se entienden concedidas salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero, es decir, los Ayuntamientos no entran a valorar cuestiones de titularidad de la finca para la que se solicita la licencia, sino que sólo comprueban la adecuación de la actividad solicitada a la normativa vigente. En este sentido el artículo 152.a) LSCAM establece que la intervención municipal se circunscribe estrictamente a la comprobación de la integridad formal y la suficiencia legal del proyecto técnico con arreglo al cual deban ser ejecutadas las obras, así como de la habilitación legal del autor o los autores de dicho proyecto y de la conformidad o no de lo proyectado o pretendido a la ordenación urbanística vigente de pertinente aplicación. En consecuencia, la Administración es neutral con respecto a los eventuales conflictos a que pueda haber lugar entre peticionario de la licencia y terceras personas, tanto por lo que se refiere a la propiedad de los terrenos, como a cualquier otra consecuencia de orden privado.

Entre las numerosas actuaciones sujetas a licencia urbanística podemos encontrar, a modo de ejemplo, algunas de las contempladas por el art. 151.1 LSCAM, aunque otras legislaciones autonómicas contienen previsiones similares. Así, se encuentran sujetos a licencia urbanística: las parcelaciones, segregaciones o cualesquiera otros actos de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidos en proyectos de reparcelación; las obras de edificación, así como las de construcción e implantación de instalaciones de toda clase de nueva planta; las obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación de edificios, construcciones e instalaciones ya existentes, cualquiera que sea su alcance, finalidad y destino; las obras y los usos que hayan de realizarse con carácter provisional; la demolición de las construcciones y los edificios, salvo en los casos declarados de ruina física inminente; la primera utilización y ocupación de los edificios e instalaciones en general; el cambio objetivo, total o parcial, del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones; los movimientos de tierra y las obras de desmonte y explanación en cualquier clase de suelo; la extracción de áridos y la explotación de canteras; la acumulación de vertidos y el depósito de materiales ajenos a las características propias del paisaje natural que contribuyan al deterioro o degradación del mismo; el cerramiento de fincas, muros y vallados; la apertura de caminos, así como su modificación o pavimentación; la ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, provisionales o permanentes; la tala de masas arbóreas, de vegetación arbustiva o de árboles aislados que, por sus características, puedan afectar al paisaje o estén protegidos por la legislación sectorial correspondiente; la colocación de carteles y vallas de propaganda visibles desde la vía pública; etc. También se encuentran sometidos a licencia los demás actos que señalen los instrumentos de planeamiento urbanístico. Así, es frecuente que los Ayuntamientos exijan la obtención de licencia para los enganches a acometidas, obtención de placas de vado y rebajes de bordillo para paso de carruajes, y ocupaciones de vía pública para instalar contenedores de escombros o grúas, por ejemplo.

Por tanto, prácticamente cualquier actuación significativa que produzca efectos sobre los terrenos y construcciones de un municipio está sujeta a licencia municipal. Serán las Ordenanzas municipales de edificación y uso del suelo las que precisen, en base a lo dispuesto por la normativa urbanística autonómica, el listado de actuaciones sometidas a la obtención de la preceptiva licencia municipal. No debe olvidarse, que como consecuencia de la tramitación de la misma, el solicitante debe abonar el correspondiente tributo muni-

cial (Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras), que suele corresponderse con un porcentaje sobre el presupuesto de ejecución de la actuación, y la tasa municipal que grava el coste de la tramitación. En el caso de las obras de edificación, tanto de nueva construcción como de reforma o rehabilitación, en los últimos años los Ayuntamientos, a través de sus servicios técnicos, están procediendo a realizar comprobaciones de la valoración de los presupuestos presentados. Ello se realiza ahora, con mayor frecuencia, porque la disminución de la actividad constructiva consecuencia de la crisis del sector inmobiliario ha llevado a una significativa reducción de los ingresos municipales por gestión de licencias de obra, lo que ha supuesto un grave perjuicio económico a unos Ayuntamientos que, por otra parte, han debido realizar esfuerzos importantes para reducir su deuda. No olvidemos que los Ayuntamientos son la Administración más cercana al municipio y de la que los ciudadanos demandan un mayor número de servicios.

### **b) Clases más importantes**

Veamos a continuación cuáles son las clases más importantes de licencias urbanísticas, en función de lo que acabamos de ver. Tradicionalmente suele establecerse una tipología de licencias según la actividad autorizada, que determina el tipo de procedimiento a aplicar en su tramitación y la documentación a presentar:

- a) Licencias de urbanización, destinadas a comprobar la legalidad de las actuaciones de transformación del suelo que no hayan sido previamente aprobadas por un proyecto de urbanización. Normalmente en transformaciones pequeñas de superficies muy concretas. Las obras complementarias de urbanización contenidas en proyectos de edificación se revisarán al tramitar la licencia de edificación.
- b) Licencias de parcelación y segregación, cuya finalidad es la comprobación de la legalidad de las alteraciones de superficie del inmueble.
- c) Licencias de edificación, obras e instalaciones, cuyo fin es comprobar que el uso previsto para un edificio o parte del mismo es conforme a la normativa y planeamiento vigentes. Éstas son las que se conocen normalmente como “licencias de obras” y entre las que las ordenanzas municipales suelen distinguir las obras mayores y las obras menores, clasificación que determina el procedimiento a seguir y la documentación a aportar. Las obras menores suelen caracterizarse por su escasa entidad constructiva y económica y su sencillez técnica (pequeñas reparaciones o reformas, obras de cerramiento, de decoración, etc.), que no suelen precisar proyecto firmado por técnico competente y que no tienen un presupuesto elevado. Algunas normativas autonómicas, como la Ley de Suelo de la Comunidad de Madrid, distinguen así entre obras que precisan proyecto técnico de edificación y obras que no precisan de proyecto técnico de edificación. Esta distinción obliga a remitirse a la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación, que determina en su art. 2.2 que son obras de edificación, sujetas al régimen jurídico de la LOE y por tanto requeridas de proyecto suscrito por técnico competente, las de nueva construcción (que tengan entidad constructiva, complejidad técnica, se desarrollen en más de una planta o tengan carácter residencial o público), las de intervención en edificios existentes en las que se altere su configuración arquitectónica, o las obras de intervención total o las parciales que afecten a elementos



protegidos y que se realicen sobre edificios que tengan algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico.

- d) Licencias de primera ocupación y de utilización o de actividad, cuyo objeto es comprobar la adecuación a la normativa urbanística y al planeamiento vigente del edificio cuyas obras han terminado y de sus usos previstos. Normalmente se denominan de primera ocupación, cuando se trata de viviendas, y de utilización o actividad si se trata de locales para actividades. Es muy importante señalar que la licencia de primera ocupación supone un control *a posteriori* de la actuación realizada, cuyo objetivo es comprobar que la actuación llevada a cabo no se aparta ni del planeamiento vigente ni de la licencia de obras concedida, que constituía el control previo o *a priori* de la actuación. Para la concesión de la licencia de primera ocupación se requiere, entre otros documentos, el certificado final de obra suscrito por la dirección facultativa. Si, como consecuencia de la documentación exigida o de la visita de los técnicos municipales, se detectan alteraciones en el presupuesto o en el proyecto inicialmente presentado para la solicitud de la licencia de obras, se requerirá al promotor a que proceda a regularizar la situación (siempre claro está que se ajuste al planeamiento vigente) abonando el importe que resulte de la liquidación complementaria del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras que se pueda realizar sobre la base de la liquidación practicada en función del proyecto y del presupuesto inicialmente presentados. Especialmente en el caso de viviendas, la licencia de primera ocupación sirve también para declarar la habitabilidad del edificio, dado que en la mayoría de las Comunidades Autónomas la concesión de la cédula de habitabilidad del edificio se concede con la concesión de la licencia de primera ocupación, para lo que los técnicos municipales deben inspeccionar los edificios con el fin de detectar cualquier anomalía. Por tanto, la licencia de primera ocupación sirve para comprobar que las obras se han realizado conforme al proyecto en que se basó la concesión de la licencia de obras y que se han cumplido todas las condiciones establecidas en ésta. Además, para evitar duplicidades, dicha licencia ha sustituido en algunas Comunidades Autónomas como Galicia, País Vasco, Castilla-La Mancha o Castilla y León a la cédula de habitabilidad, por lo que se comprueban también las condiciones de habitabilidad de la edificación. Tan importante es en la práctica este documento que el art. 20 TRLS exige, para autorizar la inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras de declaración de obra nueva de edificaciones, que se acredite la constitución de las garantías obligatorias (en este momento del seguro decenal), la presentación del certificado final de obra, de la licencia de primera ocupación y del certificado de eficiencia energética del edificio.
- e) Licencias de usos y obras provisionales no previstas en el plan, cuyo objeto es la comprobación de que se trata de usos y obras provisionales no prohibidos expresamente por la legislación urbanística o sectorial ni por el planeamiento.
- f) Licencias de demolición, para comprobar la legalidad y seguridad de las obras de demolición o derribo.

### c) **El procedimiento general**

Todo el procedimiento establecido para el otorgamiento de la licencia se orienta a analizar si las obras que se proponen ejecutar conforme al proyecto que se presenta, se adecuan

a la legislación urbanística vigente y al planeamiento en vigor. Para asegurar su cumplimiento, los particulares pueden solicitar a la Administración competente que les informe, por escrito y en plazo razonable del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una determinada finca -art. 4.d) TRLS-. Normalmente, antes de llevar a cabo el proyecto, el proyectista necesita tener esta información que se contiene en lo que comúnmente se conoce como “cédula urbanística” de la finca.

Con carácter general, el procedimiento se tramita ante la Administración Municipal y a continuación explicaremos sus fases más significativas.

El solicitante, deberá presentar en el Registro municipal -o en cualquier otro registro público en los términos previstos por el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC)<sup>46</sup>- la solicitud de licencia junto a la documentación correspondiente y el justificante de pago del impuesto de construcciones, instalaciones y obras que corresponda en función del presupuesto previsto. Es muy importante, obtener copia sellada de la solicitud que se presenta en la que se incluya la relación de documentos aportados (copia a la que se tiene derecho en virtud del art. 35.c) LRJ-PAC). La documentación justificativa a presentar depende del tipo de licencia y de actuación que se lleve a cabo. Como ejemplo expondremos a continuación lo dispuesto en la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid (arts. 153 a 157), sin perjuicio de que las ordenanzas municipales sean más precisas a este respecto y de que otras legislaciones autonómicas puedan contemplar una regulación distinta.

Así, en relación con los actos que no precisen proyecto técnico de obras de edificación de conformidad con la LOE (obras sencillas de nueva planta u obras de intervención que no alteren la configuración arquitectónica del edificio, con o sin previa demolición), habrá de presentarse un proyecto técnico<sup>47</sup> cuyo firmante deberá declarar el cumplimiento en

---

<sup>46</sup> El citado art. 38.4 LRJ-PAC establece:

“Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse:

- a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan.
- b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, a la de cualquier Administración de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, a los Ayuntamientos de los Municipios a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, o a la del resto de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio.
- c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca -sobre abierto-.
- d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero.
- e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes.

Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros”.

<sup>47</sup> La Ley de Suelo de la Comunidad de Madrid usa el término “proyecto técnico” tanto para las obras mayores como para las menores. La precisión que debe hacerse es que, en las obras mayores y como la propia Ley dice, el proyecto técnico debe ser acorde a las exigencias de la Ley de Ordenación de la

todos sus extremos con la ordenación urbanística de aplicación, copia de las restantes autorizaciones y, en su caso, concesiones administrativas cuando sean legalmente exigibles o acreditación de haberse solicitado su otorgamiento, declaración de haberse colocado en el lugar en que se vayan a llevar a cabo las obras cartel anunciando la solicitud y describiendo las características de las obras para las que se solicita la licencia, y declaración de impacto ambiental, en caso de que el uso al que vayan a destinarse las obras así lo requiera. En este tipo de obras, pasados dos meses desde la presentación de la documentación se podrá entender concedida la licencia provisional y se podrán iniciar las obras, si bien deberán subsanarse los reparos de legalidad que formulen por escrito los servicios municipales como consecuencia de las inspecciones que practiquen. Comunicada al Ayuntamiento la certificación final de las obras, lo que deberá hacerse antes de la recepción de las obras por el promotor, se practicará por los servicios municipales una inspección final, en el plazo máximo de un mes desde la comunicación, con declaración de la conformidad o no de las obras ejecutadas y del uso a que vayan a ser destinadas a la ordenación urbanística aplicable. Declarada la conformidad por los servicios municipales, se otorgará por el Ayuntamiento en el plazo de un mes la licencia urbanística definitiva, que incluirá la de la primera ocupación, y que se otorgará sin perjuicio de las restantes autorizaciones o concesiones administrativas que estén aún pendientes.

Respecto a la intervención en actos precisados de proyecto técnico de obras de edificación de acuerdo a lo exigido por la LOE (obras de entidad constructiva o destinadas a uso residencial o público y las de intervención que alteren la configuración arquitectónica o afecten a partes o elementos protegidos por razones de carácter ambiental o histórico-artístico), con o sin previa demolición de edificios, sólo podrá comenzarse la ejecución de las obras previa licencia urbanística, solicitada con aportación de los siguientes documentos: proyecto técnico<sup>48</sup> de obras de edificación redactado por técnico competente, que

---

Edificación y del Código Técnico de la Edificación -con los documentos de su Anejo I- lo que implica su redacción por un técnico competente de acuerdo a la LOE (normalmente arquitecto), su visado obligatorio en la mayor parte de ocasiones y una documentación compleja. Los proyectos a los que la Ley se refiere en el caso de obras menores son de menor entidad en función de lo que cada Ayuntamiento pueda requerir. Normalmente contienen una breve memoria, unos planos explicativos y un presupuesto general.

<sup>48</sup> Relacionando el proyecto técnico con la obligación de obtener licencia, hay que decir que el contenido del proyecto básico de edificación es suficiente para solicitar y obtener la licencia municipal de obras, que se concederá, con eficacia diferida al desarrollo del proyecto de ejecución, cuya conclusión permite iniciar los trabajos de construcción del edificio. Si la licencia se otorgó mediante la presentación de un proyecto básico, será necesario disponer en la obra del proyecto de ejecución que lo desarrolle, o bien presentarlo en el Ayuntamiento, (artículos 1.4.3 y 1.4.4 del Decreto 2512/1977, de 17 junio). Precisamente, la jurisprudencia ha impedido a los Ayuntamientos que, una vez concedida la licencia con el proyecto básico, se deniegue ante la presentación del proyecto de ejecución, alegando una modificación posterior a la citada concesión de la normativa urbanística vigente, ya que la licencia estaba concedida y la presentación del proyecto de ejecución que desarrolla el primero sólo tiene por fin habilitar le comienzo material de las obras, (SSTS de 20 de enero y 10 de diciembre de 1998). Ahora bien, el proyecto de ejecución de obras deberá contar con el estudio o estudio básico de seguridad y salud y con el certificado de eficiencia energética del edificio en proyecto, que serán requisitos necesarios para el visado de aquél por el Colegio profesional y para poder iniciar las obras. Es el Anejo I del CTE, que debe por tanto ser considerado por los Ayuntamientos, el que enumera las partes o documentos del Proyecto, indicando cuáles integran el Proyecto Básico y cuáles el Proyecto de Ejecución.

deberá declarar su conformidad con la ordenación urbanística aplicable<sup>49</sup>, copia de las restantes autorizaciones<sup>50</sup> y, en su caso, concesiones administrativas cuando sean legalmente exigibles o acreditación de haberse solicitado su otorgamiento, declaración de haberse colocado en el lugar en que se vayan a llevar a cabo las obras cartel anunciando la solicitud y describiendo las características de las obras para las que se solicita la licencia, visado colegial del proyecto y cualquier otra documentación técnica exigible conforme a la legislación general de ordenación de la edificación (por ejemplo el estudio o estudio básico de seguridad y salud o el certificado de eficiencia energética del proyecto) y la declaración de impacto ambiental, en caso de que el uso al que vayan a destinarse las obras así lo requiera. Al igual que hemos visto anteriormente, comunicada al Ayuntamiento la certificación final de las obras, lo que deberá hacerse antes de la recepción de las obras por el promotor, se practicará por los servicios municipales una inspección final, en el plazo máximo de un mes desde la comunicación, con declaración de la conformidad o no de las obras ejecutadas y del uso a que vayan a ser destinadas a la ordenación urbanística aplicable. Declarada la conformidad por los servicios municipales, se otorgará por el Ayuntamiento en el plazo de un mes la licencia urbanística definitiva, que incluirá la de la primera ocupación, y que se otorgará sin perjuicio de las restantes autorizaciones o concesiones administrativas que estén aún pendientes. No obstante, si las obras ejecutadas consisten en la construcción de viviendas en régimen de protección, la licencia de primera ocupación no podrá concederse sin que se acredite la calificación definitiva de las mismas por el órgano competente de la Comunidad de Madrid.

Cuando se trate de actos de implantación de usos o de modificación de los ya establecidos para el desarrollo de actividades en terrenos, edificios, construcciones o instalaciones o partes de los mismos, sin ejecución de obras de clase alguna, la solicitud de licencia deberá acompañarse de los siguientes documentos: documentación técnica exigible, consulta previa al Ayuntamiento sobre la legitimidad del uso o usos, copia de las restantes autorizaciones y concesiones cuando sean legalmente exigibles o acreditación de haberlas solicitado, y declaración del impacto ambiental cuando el uso lo requiera. La mera presentación de la solicitud, con todos los documentos exigibles, comportará automáticamente la autorización provisional para la implantación y el desarrollo del uso o usos de que se trate de acuerdo y en los términos de la normativa que en todo momento los regule. El Ayuntamiento deberá resolver sobre la solicitud en el plazo de un mes desde su presentación. No obstante y pese a su autorización mediante licencia, mientras persistan los usos, éstos estarán sujetos a inspección municipal, pudiendo los servicios técnicos

---

<sup>49</sup> También el art. 171 del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (LOTAU) establece: "El profesional autor de la documentación técnica en que se fundamente la solicitud de licencia responderá, a los efectos que procedan legalmente, de la exactitud y veracidad de los datos de carácter técnico consignados en ella".

<sup>50</sup> Por ejemplo, las que derivan de las leyes de Patrimonio Histórico, algunas de las cuales consideran infracción muy grave la concesión de las licencias urbanísticas sin la autorización preceptiva de la Consejería competente en materia de patrimonio histórico, o contraviniendo las prescripciones establecidas por la misma, para la realización de actuaciones en Bienes de Interés Cultural o de Interés Patrimonial (art. 42.4 de la Ley 3/2013 de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid).

correspondientes formular por escrito los reparos de legalidad, seguridad o salubridad, sobrevenida incluso, que procedan, los cuales deberán ser cumplimentados. Estos reparos podrán dar lugar, si procede, a la incoación de procedimientos de protección de la legalidad urbanística y de sanción de su infracción, si transcurridos los plazos otorgados para cumplimentar los reparos no se hubieran llevado a debido efecto.

Cuando se trate de actos sujetos a intervención municipal no contemplados en los párrafos anteriores, bastará con comunicar al Ayuntamiento la intención de llevar a cabo el acto con una antelación mínima de quince días hábiles a la fecha en que pretenda llevarse a cabo o comenzar su ejecución. La comunicación previa deberá ir acompañada de una descripción suficiente de las características del acto de que se trate, la declaración de un técnico facultativo habilitado legalmente sobre su conformidad a la ordenación urbanística aplicable y copia de las restantes autorizaciones y concesiones que resulten exigibles. Una vez presentada la documentación justificativa y transcurrido el plazo de quince días, se entenderá controlada y aceptada la actuación por el órgano competente, salvo que el Ayuntamiento motivadamente adopte las medidas provisionales que entienda oportunas para proteger la ordenación urbanística aplicable, en cuyo caso deberá notificarlas al interesado, o adopte la orden de ejecución que proceda para garantizar la plena adecuación del acto o de los actos a la ordenación urbanística, en cuyo caso la orden que se dicte producirá los efectos propios de la licencia urbanística.

En su concesión o denegación interviene tanto el personal jurídico del Ayuntamiento como el personal técnico, de acuerdo con el procedimiento regulado en el Título I del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, o en las normas que apruebe cada Ayuntamiento de conformidad con la legislación autonómica. Todos ellos están obligados a velar por el más estricto cumplimiento de la legalidad, pudiendo incurrir en responsabilidad si actúan dolosa o negligentemente. El procedimiento de otorgamiento de las licencias urbanísticas se determinará en el Reglamento Orgánico del Municipio y, según el art. 157.2 LSCAM en la tramitación del procedimiento deberán recabarse los informes de cualquier otra Administración pública que sean legalmente preceptivos (por ejemplo, de la Administración competente en materia de patrimonio-histórico) y los informes técnico y jurídico sobre la conformidad del acto o del uso pretendidos con la ordenación urbanística aplicable. Éstos últimos habrán de ser emitidos por los correspondientes servicios municipales (o, en el caso de pequeños municipios, por los de las Administraciones u organismos de cooperación que presten su apoyo a éstos)<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> En cuanto al personal que debe emitir los informes que sirvan de base al acto en cuestión hay que distinguir la situación que se da en los municipios grandes, en los que existen cuerpos técnicos, generalmente integrados por funcionarios, de todas las disciplinas relacionadas con la actividad urbanística, así como asesores jurídicos especializados en urbanismo, de la que concurre en los Ayuntamientos pequeños -entendiendo por tales los que cuentan con menos recursos económicos y humanos-, en los que el asesoramiento técnico suele estar encomendado al técnico municipal que preste sus servicios para la Corporación -que será generalmente Arquitecto, pero que puede ostentar otra titulación-, mientras que el asesoramiento jurídico suele estar encomendado al propio secretario municipal (sin perjuicio de que las Corporaciones puedan contratar asesores externos o, en su caso,

De acuerdo con el art. 21.1.q) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), el Alcalde es el órgano competente del Ayuntamiento para adoptar la resolución de concesión o denegación de la licencia (u otras que deriven del ejercicio de la potestad de intervención municipal en la edificación y uso del suelo), salvo que las leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta de Gobierno Local. Esta competencia es delegable en los Tenientes de Alcalde o en otros concejales, de conformidad con los artículos 21.3 y 23.4 LBRL. En los municipios de gran población, esta competencia está atribuida inicialmente a la Junta de Gobierno Local –la concesión de cualquier tipo de licencia-, aunque con la salvedad de que la legislación sectorial la atribuya expresamente a otro órgano. En la mayoría de las ocasiones, las leyes urbanísticas autonómicas la atribuyen directamente al Alcalde u órgano municipal en que delegue (art. 157.1 LSCAM, por ejemplo).

Toda resolución denegatoria, al igual que ocurre con las ordenes de ejecución, debe ser motivada, con explícita referencia a la norma o normas de la ordenación urbanística con las que estén en contradicción el acto o el uso pretendidos o que justifiquen la orden, respectivamente, (art. 157.2 LSCAM). Por tanto, toda denegación por resolución expresa o toda orden de ejecución deberán ser suficientemente motivadas indicando las normas que la justifiquen, pues los ciudadanos tienen derecho a conocer las razones que impiden su concesión (o que obligan a realizar una determinada actuación en el caso de las ordenes de ejecución) e interponer, si lo estiman oportuno, los recursos administrativos (alzada o reposición) y judiciales que consideren para su defensa. A este deber de motivación se refieren también el art. 54 LRJ-PAC y el artículo 8.1.b) TRLS.

El plazo máximo para notificar la resolución del procedimiento, contado desde la entrada de la solicitud, es de tres meses. En la Comunidad de Madrid dicho plazo sólo puede interrumpirse una sola vez para requerir la subsanación de deficiencias o la mejora de la solicitud (art. 155.3 LSCAM y 42.3.b) y 42.5 LRJ-PAC).

Pese a que las Administraciones públicas están obligadas a resolver expresamente los procedimientos y a notificar la resolución a los interesados (art. 42.1 y 58.1 LRJ-PAC), no es infrecuente que transcurran los plazos sin que la Administración haya dictado resolución alguna. En ese caso, la regla general es que el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario (art. 43.1 LRJ-PAC). Por tanto, aunque la regla general establecida por el art. 43.1 LRJ-PAC es la del silencio administrativo positivo y aunque hasta el 2011 también era ésta la regla en los procedimientos de concesión de licencias urbanísticas, por los abusos realizados y dada la permisividad de actuaciones ilícitas por esta vía, una norma con rango de Ley por razones de interés general -el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio<sup>52</sup>-

---

soliciten el auxilio de los servicios técnicos de la Diputación Provincial o de la Comunidad Autónoma a la que pertenezcan).

<sup>52</sup> La propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley establecía que la exigencia de resolución expresa

introdujo una importante modificación. Pese a que establecía el carácter positivo del silencio para numerosos procedimientos administrativos, sin embargo, impuso el sentido negativo a la falta de resolución expresa de ciertos procedimientos de concesión de solicitudes de conformidad y de autorizaciones administrativas de carácter urbanístico. Si bien, el art. 9.7 TRLS y otras normas autonómicas anteriores han venido estableciendo tradicionalmente que en ningún caso pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística, han sido constantes los abusos ligados a la falta de respuesta municipal. Es más, al no contestar a solicitudes manifiestamente ilegales, permitiendo “de facto” estas actuaciones, los representantes municipales eludían incurrir en el delito de prevaricación que exige dictar “a sabiendas” una resolución manifiestamente injusta. Para forzar a los órganos competentes municipales a resolver expresamente y para impedir cualquier actuación que pudiera derivar en prácticas cercanas a la corrupción, el art. 23 del Real Decreto-Ley 8/2011 impidió la autorización de ciertos actos sin una resolución expresa (dicho de otra manera, estableció la regla del silencio negativo). Hoy en día, el art. 9.8 TRLS, modificado por la LRRR, ha venido a incorporar dicha regulación (derogando ya el mencionado artículo 23) y así establece que serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen:

- a) Movimientos de tierras, explanaciones, parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de fincas en cualquier clase de suelo, cuando no formen parte de un proyecto de reparcelación.
- b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.
- c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes.
- d) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derive de la legislación de protección del dominio público.

Por tanto, dichos actos requerirán el acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que resulte preceptivo y el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo. Cabe entonces plantearse cuál es el régimen del silencio administrativo aplicable al resto de actos de transformación, edificación y uso del suelo y del subsuelo, a los que no se alude expresamente en el art. 9.8 TRLS. Hay que entender aquí que, respecto de los actos sometidos a control municipal y a los que no se refiere el art. 9.8 TRLS (obras menores, por ejemplo), la falta de resolución expresa del procedimiento de solicitud habilita a entender que los mismos se entienden autorizados por silencio administrativo (positivo) ya que la relación de actos contenida en el art. 9.8 TRLS constituye una excepción justificada a la regla general del efecto estimatorio del silencio a la que se hace referencia en el art. 43.1 LRJ-PAC.

---

y la aplicación del silencio negativo contribuirán “a una mayor seguridad jurídica, impidiendo que la mera pasividad o inexistencia de actuaciones tempestivas de los Ayuntamientos permita entender a cualquier privado que le han sido concedidas licencias urbanísticas del más variado tipo».

#### **d) Duración y prórroga**

Todas las licencias se otorgarán por un plazo determinado tanto para iniciar, como para terminar las obras, salvo las referidas a usos, que tendrán vigencia indefinida sin perjuicio de la obligación legal de adaptación de los establecidos a las normas que en cada momento los regulen (art. 158.1 LSCAM). De haberse otorgado por acto presunto en los supuestos no contemplados en el art. 9.8 TRLS (por ejemplo en casos de una reforma que no altera la configuración arquitectónica del edificio) o cuando la resolución que concede la licencia no indique expresamente cuáles son esos plazos, la licencia se entenderá otorgada bajo la condición legal de la observancia de los de un año para iniciar las obras y tres años para la terminación de éstas.

Los Ayuntamientos podrán conceder prórrogas de los plazos de la licencia por una sola vez y por un nuevo plazo no superior al inicialmente acordado, previa solicitud expresa formulada antes de la conclusión de los plazos previstos para el comienzo y para la finalización de las obras, siempre que la licencia sea conforme con la ordenación urbanística vigente en el momento de su otorgamiento (art. 158.2 LSCAM).

Transcurridos los plazos a los que nos acabamos de referir, con su prórroga si la ha habido, el órgano competente para conceder la licencia declarará, de oficio o a instancia de cualquier persona, la caducidad de las licencias, previa audiencia del interesado (art. 158.3 LSCAM). En ese caso, la declaración de caducidad extinguirá la licencia, no pudiéndose iniciar ni proseguir las obras si no se solicita y obtiene una nueva ajustada a la ordenación urbanística que esté en vigor (y se abona el tributo correspondiente). Transcurrido el plazo de dos meses desde la notificación de la declaración de caducidad sin que se haya solicitado la licencia o desestimada la solicitud que haya sido deducida, se podrá aplicar el régimen de ejecución sustitutoria o, en su caso, la expropiación forzosa.

También se prevé la transmisibilidad de las licencias, con carácter general, en el artículo 13.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. En ese caso, las licencias relativas a las condiciones de una obra, instalación o servicio serán transmisibles, pero el antiguo y nuevo constructor o empresario deberán comunicarlo por escrito a la Corporación, sin lo cual quedarán ambos sujetos a todas las responsabilidades que se derivaren para el titular.

#### **6.1.3. La declaración responsable y la comunicación previa**

En relación con la implantación de actividades, la Ley de Economía Sostenible introdujo un nuevo artículo 84 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que establece la regla general de que el ejercicio de actividades por los particulares no queda sujeto a la obtención de previa licencia municipal u otro medio de control preventivo. Con esta opción de política legislativa, la Ley de Economía Sostenible fue un paso más allá de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, dado que no sólo se suprimen los regímenes de autorización para el ejercicio de actividades de servicios inclui-



dos en su ámbito de aplicación, sino que se extiende a cualquier tipo de actividad. En estos casos, cuando el ejercicio de actividades no requiera autorización habilitante y previa, las entidades locales deberán establecer los procedimientos de comunicación necesarios, así como los de verificación posterior del cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de la misma por los interesados (art. 84 ter LBRL).

Sin perjuicio de lo anterior, este artículo 84 bis LBRL, que ha sido modificado por la LRRR, establece una serie de excepciones a la regla general señalada, pues podrá someterse a la obtención de previa licencia municipal u otro medio de control preventivo el ejercicio de actividades económicas que afecten a la protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, a la seguridad pública, a la salud pública, o cuando ello esté justificado por razones de interés público, y estos fines no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa. También cuando el número de operadores económicos del mercado sea limitado por la escasez de recursos naturales, por el régimen de utilización del dominio público, por la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas. Además, para evitar solapamientos innecesarios en los controles, el párrafo tercero de este artículo dispone que, en caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y otra administración, la primera deberá motivar expresamente cuál es el interés general concreto que se pretende proteger con la necesidad de autorización y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente. Por su parte, la construcción de instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas solo se someterá a un régimen de autorización cuando lo establezca una ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado. Para evaluar los posibles riesgos, habrá que tener en cuenta las características de las instalaciones, entre las que se analizarán las siguientes: la potencia eléctrica o energética de la instalación, la capacidad o aforo de la instalación, la contaminación acústica, la composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración, la existencia de materiales inflamables o contaminantes y las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico.

En relación con el resto de actividades que no quedan sometidas por el artículo 84 bis LBRL a la obtención de previa licencia municipal u otro medio de control preventivo, muchos Ayuntamientos optan por controlar su implantación o la apertura de establecimientos en los que éstas se van a desarrollar a través del sistema de la comunicación previa o del de la declaración responsable a los que se refieren los artículos 84.1.c) LBRL y 71 bis LRJ-PAC. Por declaración responsable ha de entenderse el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Dichos requisitos deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable. Por comunicación previa

ha de entenderse, en cambio, que es aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. No obstante, el art. 71 bis.4 LRJ-PAC declara expresamente que la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o de la comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar. Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

Pero incluso, como consecuencia de los artículos 3 a 5 de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (que sustituye al Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo), se ha suprimido la exigencia de licencia municipal de apertura y funcionamiento de determinados establecimientos comerciales, -que con carácter general se exige por el art. 84 bis LBRL por razones de protección ambiental, o de seguridad y salud públicas-, siempre y cuando nos encontremos ante actividades que por su naturaleza, sus instalaciones y sus dimensiones no tengan un impacto que exija el control mediante la técnica de licencia administrativa, lo que implicaría un retraso en la puesta en marcha de la actividad. Básicamente se trata de actividades comerciales minoristas y de prestación de servicios en establecimientos permanentes cuya superficie útil de exposición y venta al público no supere los 300 metros cuadrados según el Anexo de la norma. A esta supresión de licencias de uso y actividad, debe añadirse la de las licencias de obra menor -por no requerir un proyecto de obra de edificación al no tratarse de obras LOE- para adecuación de local de negocio, todo ello realizado con el objetivo de dinamizar la economía, tal como viene marcada en Derecho Europeo por la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, que fue transpuesta a nuestro ordenamiento por las conocidas como Ley Paraguas (Ley 17/2009, de 23 de noviembre) y Ley Omnibus (Ley 25/2009, de 22 de diciembre). Para poder poner en funcionamiento estas actividades comerciales minoristas y de prestación de servicios de pequeña superficie, las cuales pueden llevarse a cabo en los locales de los edificios en régimen de propiedad común, habrá entonces que presentar una comunicación previa o una declaración responsable, que podrá implicar un control *a posteriori* de la Administración.

Por último, el artículo 9.9 TRLS establece que, cuando la legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable sujete la primera ocupación o utilización de las edificaciones a un régimen de comunicación previa o de declaración responsable, pero sin embargo la administración compruebe que la edificación no cumple los requisitos necesarios para el destino al uso previsto, en ese caso la administración a la que se realice la comunicación deberá adoptar las medidas necesarias para el cese de la ocupación o utilización comunicada. Si no adopta dichas medidas en el plazo de seis meses, será responsable de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas, si bien la Administración podrá repercutir en el sujeto obligado a la presentación de la comunicación previa o declaración responsable el importe de tales perjuicios (siempre, claro está que sea solvente y siga existiendo). Tanto la práctica de la comunicación previa a la Administración competente, como las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que aquella pudiera adoptar en relación con el acto comunicado, deberán hacerse constar en el Registro de la Propiedad, en los términos establecidos por la legislación hipotecaria.

#### **6.1.4. El visado urbanístico colegial como técnica adicional de control**

Como se ha indicado, en los casos de obras que precisen un proyecto técnico de edificación por considerarse comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la LOE, entre los documentos que deben aportarse a la hora de solicitar la pertinente licencia se encuentra el proyecto debidamente suscrito por técnico competente que vendrá con los visados preceptivos, entre los que destaca el del colegio profesional al que el proyectista pertenezca, ya que están obligatoriamente sometidas a visado las intervenciones profesionales de sus colegiados<sup>53</sup>, y los documentos en que se materialicen los trabajos encargados, así como los que tengan su origen en los mismos. Este visado es un acto autenticador que viene a constatar que el proyecto es de quien lo firma y que, además, permite un control colegial de las siguientes circunstancias: la identidad y titulación del autor del proyecto, la colegiación del mismo, el ejercicio legítimo de la profesión privada de Arquitecto, Ingeniero o Arquitecto Técnico, la ausencia de incompatibilidades por parte de su autor, y el examen del contenido de los proyectos, limitando tal control al cumplimiento de sus exigencias formales o, lo que es lo mismo, a ratificar que el proyecto técnico contiene todos los documentos exigidos para ello, (aunque de detectarse alguna infracción urbanística grave los colegios estarán obligados a denegar dicho visado)<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Téngase aquí en cuenta que diversas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 3/2013, 43/2013, 50/2013 y 63/2013) han declarado la inconstitucionalidad de diversas normas autonómicas que eximían del requisito de colegiación obligatoria contemplado en el art. 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, a los profesionales que prestan sus servicios por cuenta de la respectiva Administración Pública autonómica, aunque los destinatarios de dicha actividad fuesen ciudadanos o terceros usuarios de los servicios públicos. Por tanto, una vez advertido que el art. 1.3 de la Ley de Colegios Profesionales no exime a los empleados públicos de colegiarse cuando realizan las actividades propias de su profesión para cuyo ejercicio se exige la colegiación, la exención del deber de colegiación de los funcionarios, personal estatutario y personal laboral al servicio de las administraciones públicas autonómicas "para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de aquellas" vulnera el art. 3.2 citado de la Ley de Colegios Profesionales.

<sup>54</sup> Ahora bien, como han indicado las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992, de 21 de julio de 1997 y de 27 de marzo de 1998, el visado de un Colegio Profesional no puede sustituir el juicio que

El Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto, sobre el visado colegial obligatorio, -que desarrolla el artículo 13 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales<sup>55</sup>, ha venido a fijar, en su artículo 2, qué trabajos profesionales han de ser objeto de visado. Entre ellos se encuentran los proyectos de ejecución de edificación, los certificados finales de obra, los documentos anteriores cuando se trate de actuaciones de legalización de obras, proyectos de demolición y ciertos trabajos relacionados con explosivos. La validez de este Real Decreto ha sido confirmada por numerosas sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 31 de enero, 9 de marzo, 12 de marzo, y 14, 17 y 24 de septiembre de 2012). El colegiado deberá abonar la tasa establecida por el colegio para la tramitación de cada tipo de visado, el cual puede incluso tramitarse de forma telemática.

En relación con las obras llevadas a cabo por las Administraciones Públicas hay que señalar que los proyectos de obras son controlados directamente por la Administración,

debe emitir la Administración, la cual está obligada valorar, no sólo la idoneidad técnica y urbanística del proyecto, sino también la capacidad profesional de su autor, denegando la licencia a proyectos redactados por técnicos incompetentes (ello aunque el proyecto esté visado por un Colegio profesional, pues el visado colegial no otorga competencia profesional alguna). De la misma manera, la denegación del visado por razones urbanísticas no impedirá al particular interesado presentar el proyecto ante el órgano administrativo competente solicitando la preceptiva licencia urbanística, pues la competente para valorar la adecuación urbanística del proyecto es la Administración municipal. Los artículos 46 a 50 del Reglamento de Disciplina Urbanística contienen algunas precisiones adicionales sobre el visado colegial.

<sup>55</sup> Ténganse en cuenta la redacción vigente del artículo 13 de la Ley de Colegios Profesionales, (añadido por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que transpone a nuestro ordenamiento la Directiva 2006/123/CE):

«1. Los Colegios de profesiones técnicas visarán los trabajos profesionales en su ámbito de competencia únicamente cuando se solicite por petición expresa de los clientes, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales, o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto, previa consulta a los colegiados afectados, de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) Que sea necesario por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas.
  - b) Que se acredite que el visado es el medio de control más proporcionado.
- En ningún caso, los Colegios, por sí mismos o a través de sus previsiones estatutarias, podrán imponer la obligación de visar los trabajos profesionales.
2. El objeto del visado es comprobar, al menos:
    - a) La identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, utilizando para ello los registros de colegiados previstos en el artículo 10.2.
    - b) La corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo del que se trate.En todo caso, el visado expresará claramente cuál es su objeto, detallando qué extremos son sometidos a control e informará sobre la responsabilidad que, de acuerdo con lo previsto en el apartado siguiente, asume el Colegio. En ningún caso comprenderá los honorarios ni las demás condiciones contractuales, cuya determinación queda sujeta al libre acuerdo entre las partes, ni tampoco comprenderá el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional.
  3. En caso de daños derivados de un trabajo profesional que haya visado el Colegio, en el que resulte responsable el autor del mismo, el Colegio responderá subsidiariamente de los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido ser puestos de manifiesto por el Colegio al visar el trabajo profesional, y que guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto.
  4. Cuando el visado colegial sea preceptivo, su coste será razonable, no abusivo ni discriminatorio. Los Colegios harán públicos los precios de los visados de los trabajos, que podrán tramitarse por vía telemática.

más concretamente por el órgano de contratación a través de las oficinas o unidades técnicas de supervisión de proyectos, que serán las encargadas de verificar que se han tenido en cuenta las disposiciones generales de carácter legal o reglamentario, así como la normativa técnica que resulte de aplicación para cada tipo de proyecto (arts. 121, 124.3 y 125 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre). Por eso, no precisan de visado colegial alguno. Así lo ha confirmado la STS de 17 de julio de 2013 que declara que no es preciso el visado colegial, al margen de la existencia o inexistencia de relaciones de empleo entre el arquitecto que suscribe el proyecto y la Administración contratante<sup>56</sup>.

## 6.2. La protección del orden jurídico urbanístico

### 6.2.1. La protección de la legalidad urbanística y la Administración competente

La protección de la legalidad urbanística, es decir, la garantía del respeto a la normativa urbanística y al planeamiento en vigor se lleva a cabo fundamentalmente por los Ayuntamientos, si bien en caso de inactividad de éstos las Comunidades Autónomas e inclusive el Estado tienen facultades de intervención en sustitución de la entidad local incumplidora de sus obligaciones. Los Ayuntamientos desarrollan fundamentalmente esta función a través de sus servicios de inspección urbanística y en base a unas reglas de actuación que vienen fijadas en las ordenanzas municipales, las cuales deben desarrollar lo dispuesto en la legislación urbanística autonómica.

Pero, antes de explicar el funcionamiento de la inspección urbanística y las reglas tendientes a garantizar la protección de la legalidad urbanística, debemos señalar que muchas legislaciones autonómicas (por ejemplo, el art. 160 LSCAM) establecen un mecanismo muy eficaz para garantizar que las obras cuenten con las licencias preceptivas. Así, para contratar provisionalmente los suministros de energía eléctrica, agua, gas y telefonía que resulten necesarios para la ejecución de los trabajos, las empresas suministradoras exigirán la acreditación de la licencia municipal, fijando como plazo máximo de duración del contrato el establecido en la licencia para la ejecución de las obras, transcurrido el cual no podrán continuar prestándose el servicio. Una vez terminada la obra, las empresas suministradoras de agua, servicios energéticos y telecomunicaciones exigirán, para la contratación definitiva de los suministros o servicios respectivos en edificios o construcciones de nueva planta u objeto de obras de ampliación, reforma, modificación o rehabilitación, la acreditación de la licencia municipal de primera ocupación.

Los Ayuntamientos, en virtud de sus *facultades de inspección y control* inherentes al ejercicio de la potestad sancionadora atribuida por el art. 4.1.f) LBRL a las administraciones locales, cuentan con unos servicios o unidades de inspección cuya función consiste en comprobar que los actos privados o públicos de ocupación, construcción, edificación

---

<sup>56</sup> Ya la STS de 13 de octubre de 1982 dispuso que “es el carácter público del ente promotor y no la calidad (funcionario o profesional libre) del Arquitecto del proyecto lo que da entrada a la sustitución del visado colegial por la preceptiva autorización o informe de las oficinas de supervisión de proyectos”.

y uso del suelo, así como cualesquiera otras actividades que supongan utilización de éste, se ajustan a la legalidad aplicable (art. 190 LSCAM). Los Ayuntamientos, pues, en virtud de la facultad de inspección que les es atribuida por las legislaciones autonómicas<sup>57</sup>, están obligados a incoar los expedientes oportunos para comprobar si se ha observado o no la legalidad urbanística vigente, la cual debe controlarse en todo momento y no solamente cuando se solicita y concede la licencia de obras, sino también cuando, a la hora de otorgar la licencia de primera ocupación, se comprueba si la obra ejecutada se ajusta a la legislación aplicable y a la licencia concedida, o constatando la existencia de obras de las que el Ayuntamiento no ha sido informado para evitar su control.

Entre las funciones de los servicios de inspección están las tareas de vigilancia y comprobación preventivas, denunciando las anomalías que observen en la ejecución o aplicación de los instrumentos de ordenación urbanística, la obligación de elaborar informes y proporcionar asesoramiento a autoridades y órganos de las administraciones públicas, y, en fin, actuar en procedimientos sancionadores respecto a conductas consideradas infractoras, cooperando si ello fuera necesario con el Ministerio Fiscal y con los Jueces y Tribunales.

Como establece el art. 191 LSCAM para la Comunidad de Madrid, la Comunidad Autónoma y los municipios tienen plena competencia, en materia de inspección urbanística, debiendo cooperar y, en su caso, coordinarse para el desarrollo de las tareas de inspección. Los servicios autonómicos suelen estar adscritos a la consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo, mientras que los Ayuntamientos han de contar, al menos, con una unidad administrativa dedicada exclusivamente al ejercicio de funciones inspectoras, salvo en los municipios más pequeños que, al no tener capacidad para contar con una unidad propia, deben asegurar el desarrollo de la función inspectora mediante fórmulas de cooperación con la Diputación Provincial<sup>58</sup> o, en el caso de comunidades uniprovinciales, con la consejería competente.

En la Comunidad de Madrid, según el art. 192 LSCAM cuyas previsiones son parecidas a los de otras Comunidades Autónomas, una vez que se concede la licencia urbanística, las obras que se realicen a su amparo deben ser inspeccionadas al menos en dos ocasiones: una cuando éstas se inician (normalmente con el replanteo) y otra cuando éstas se terminan (normalmente, como hemos visto, tras la firma del certificado final de obra con el fin de controlar, junto a la legalidad de la actuación terminada, la habitabilidad del edificio con vistas a permitir su primera ocupación). Además, la inspección urbanística llevará a cabo todas aquellas visitas que fueran precisas para velar e informar sobre la correcta aplicación de las normas y el planeamiento urbanístico. Cuando de las actuaciones de inspección se desprendan indicios de la comisión de una posible infracción urbanística o, incluso, de un posible ilícito penal, deberá efectuarse propuesta de adopción de cuantas

---

<sup>57</sup> Artículos 174 y 175 LOTAU y 190 y siguientes de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid.

<sup>58</sup> Ténganse en cuenta lo dispuesto por los artículos 25, 26 y 36 LBRL. En particular, el art. 36.1.b) LBRL señala, entre las competencias de la Diputación Provincial o entidad equivalente –Cabildos y Consejos insulares–, la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente a los de menor capacidad económica y de gestión.

medidas se consideren pertinentes, con remisión, en su caso, de copia del acta levantada al Ministerio Fiscal. Entre estas medidas habrá, como mínimo de incoarse el correspondiente procedimiento sancionador<sup>59</sup>, sin perjuicio de que, como ahora veremos, pueda adoptarse también la medida provisional de suspensión de la actuación.

De cada visita de inspección se levantará acta, en la que deberá dejarse constancia suficiente de los datos identificativos de todas las personas intervinientes y de la calidad en la que respectivamente lo hagan y de los hechos, circunstancias, datos y resultados de la actuación que se practique. El acta tendrá la consideración de documento público administrativo. El acta deberá ser firmada por el inspector o los inspectores actuantes y por la persona que esté, en el momento de realizarse la inspección, a cargo de la obra o actividad objeto de ésta. Si dicha persona se negara a suscribirla, se hará constar tal circunstancia y, en todo caso, se le hará entrega de copia del acta. De no encontrarse presente o de negarse a recibirla, se remitirá por medio que permita dejar constancia de su recepción, al promotor, al constructor y al director o directores de la obra o actividad o, de ser éstos desconocidos, al propietario del bien inmueble en el que tenga lugar la obra o actividad objeto de inspección.

En el ejercicio de sus funciones, los inspectores gozan de plena autonomía y tienen a todos los efectos la condición de agentes de la autoridad, estando facultados para requerir y examinar toda clase de documentos relativos al planeamiento y su ejecución, comprobar la adecuación de los actos de transformación, construcción, edificación y uso del suelo a la normativa de ordenación urbanística aplicable y obtener la información necesaria para el cumplimiento de su cometido. Por ello, tanto las Administraciones como los particulares están obligados a prestarles la colaboración que precisen. Recordemos, en este sentido, que el art. 137.3 LRJ-PAC establece que “los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados”. En el mismo sentido, el art. 192.4 LSCAM establece que “las actas de la inspección gozan de presunción de veracidad, que sólo cede cuando en el procedimiento que se instruya como consecuencia de las mismas se pruebe su inexactitud o falta de certeza, o se aporten pruebas de mayor convencimiento que la contradigan”.

Una medida de gran utilidad e importancia para proteger la legalidad urbanística y que se puede adoptar como consecuencia de una inspección de la obra es la *medida provisional de paralización de la obra o suspensión del acto de edificación y uso del suelo*, que es una medida de naturaleza cautelar y perentoria pues no está amparada por ningún acto administrativo, sino que se trata de un acto de trámite cualificado que se enmarca

---

<sup>59</sup> Téngase en cuenta que cuando el procedimiento sancionador se tramita por una actuación infractora amparada en una licencia ilícita, habrá que proceder en los términos que más adelante se verán a la anulación de dicha licencia antes de dictar la resolución sancionadora. No podrá sancionarse al infractor si se ha atendido de buena fe a lo dispuesto en la autorización, especialmente cuando esta se ampare en un planeamiento anulado.

en un procedimiento administrativo de protección de la legalidad urbanística. A ella las legislaciones autonómicas suelen añadir, cuando se incumple la obligación de paralizar inmediatamente los trabajos, la consistente en retirar los materiales y la maquinaria a cargo de la persona titular de las obras e, incluso, la imposición de sucesivas multas coercitivas, pudiendo llegarse, en los casos más graves, a dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal por presunto delito o falta de desobediencia a la autoridad. Estas medidas provisionales, que, como establece el art. 72.1 LRJ-PAC, se adoptan iniciado el procedimiento por el órgano competente para resolverlo con el objetivo de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer si existen elementos de juicio suficientes para ello, son de una importancia extraordinaria a la hora de evitar los perjuicios que podrían derivarse de la continuación en una actuación que presenta indicios de ilegalidad (no digamos nada en el caso de posibles derribos de edificios o partes de los mismos protegidos por su carácter histórico artístico o ambiental, como puede ser, por ejemplo, partes de una muralla medieval). Aparecen reguladas en normas con rango de Ley, como son las leyes urbanísticas autonómicas (arts. 193.1 LSCAM, 220 LSUPV, 178.2 LOTAU, 113.1.a) LUCyL, 203 TR-LUC o 181.1 LOUA). Centrándonos en la medida provisional de suspensión de actos de edificación y uso del suelo hemos de decir que, notificada la orden de suspensión, procede el precinto de obras e instalaciones. Consecuentemente, los actos de edificación y uso del suelo deben estar en curso de ejecución y realizándose al margen o sin la cobertura de un acto administrativo de control municipal (normalmente la licencia). En ese caso, constatada la posible existencia de una actuación carente de cobertura jurídica, el Alcalde o el órgano que resulte competente la adoptará de acuerdo siempre con el respeto al principio de proporcionalidad y en la medida en que resulte estrictamente imprescindible para garantizar el buen fin del procedimiento de protección de la legalidad urbanística.

Hay que destacar, además, que el objetivo último de la protección de la legalidad urbanística ha de ser el *restablecimiento del orden urbanístico perturbado* y la restauración de la realidad física alterada. Las medidas que se adopten deben ser siempre respetuosas con el principio de proporcionalidad y serán perfectamente compatibles con el ejercicio de la potestad sancionadora. Eso quiere decir que junto a la adopción de medidas que vamos a contar a continuación puede tramitarse además, en el mismo expediente o en otro autónomo e independiente, un procedimiento sancionador que puede culminar, si procede, con la imposición de una sanción o castigo, que es algo distinto de la restauración de la realidad física alterada.

Algunas legislaciones autonómicas (art. 120 LUCyL) y el art. 51.1.c) TRLS obligan a los Ayuntamientos a comunicar al Registro de la Propiedad la incoación de procedimientos sancionadores por infracciones urbanísticas y de procedimientos de restauración de la legalidad urbanística, para su publicidad y práctica de los asientos que correspondan.

En fin, con el fin de evitar que los Ayuntamientos y sus Alcaldes no lleven a cabo las inexcusables actuaciones en defensa de la protección de la legalidad urbanística, la Ley de Bases de Régimen Local y algunos preceptos de las legislaciones urbanísticas autonómicas, contemplan la actuación de la Consejería competente en sustitución del Alcalde o del municipio, evitando así que se puedan realizar en la práctica excepciones injustificadas al cumplimiento de la legalidad. Así, cuando el Alcalde no adopta la medida provisional



de suspensión de los actos de ocupación y uso del suelo, incluso tras ser requerido por la Consejería competente, puede el Consejero adoptar directamente la medida de suspensión en sustitución del Alcalde. También, una vez suspendida la obra, la Consejería competente puede actuar en sustitución del Ayuntamiento para exigir la legalización de las obras en caso de resultar posible o el derribo o la reconstrucción de lo ilegalmente edificado o derribado cuando la actuación no sea susceptible de legalización por resultar manifiestamente incompatible con el planeamiento urbanístico (arts. 193.2 194.6 y 195.2 LSCAM). Por otra parte, cuando la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma considere que la actividad o inactividad municipal es contraria al ordenamiento jurídico, podrá requerir a la entidad para que ajuste su actuación a la legalidad, interponiendo el recurso contencioso-administrativo pertinente en defensa de la legalidad (art. 64 LBRL). También cuando una entidad local incumpla sus obligaciones legales afectando al ejercicio de competencias autonómicas o locales, el Estado o la Comunidad Autónoma afectada le requerirá para que cumpla con sus obligaciones, adoptando en caso contrario las medidas pertinentes en sustitución de aquella (art. 60 LBRL). Esta técnica del control sustitutivo se ha puesto en práctica en algunas Comunidades Autónomas mediante la retirada de las competencias urbanísticas a municipios afectados por casos graves y reiterados de corrupción. Incluso, el art. 61 LBRL prevé que el Consejo de ministros, con conocimiento del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo vinculante del Senado, puede proceder mediante real decreto a la disolución de los órganos de gobierno de las entidades locales cuando exista una gestión gravemente dañosa para los intereses generales que suponga incumplimiento de sus obligaciones constitucionales. Acordada la disolución, se convocarán elecciones y entre tanto la administración ordinaria de los asuntos se llevará a cabo por una comisión gestora. Este procedimiento sólo se ha utilizado hasta ahora en la disolución del Ayuntamiento de Marbella, afectado por una grave y generalizada situación de corrupción (Real Decreto 421/2006, de 7 de abril).

### **6.2.2. La legalización de actuaciones ejecutadas sin licencia**

Una de las posibilidades que la legislación urbanística establece para restablecer el orden jurídico-urbanístico conculcado es la legalización del acto o uso mediante la solicitud de la oportuna licencia, cuando las obras son compatibles con la ordenación vigente. Cuando no lo son, sólo queda la restauración de la realidad física alterada, normalmente mediante la demolición de lo indebidamente construido o de la reconstrucción de lo que no debió derribarse, o, en el caso de usos, con su cese. La situación ilegal derivará normalmente de estar realizando o haber terminado ya una actuación sin que ésta haya sido sometida a un control municipal (mediante licencia u orden de ejecución) o contraviniendo las condiciones impuestas por el Ayuntamiento al realizar dicha supervisión. La situación menos grave se producirá cuando la actuación sea legalizable, luego cuando sea parcialmente legalizable (en cuyo caso procederá el derribo de lo que no pueda legalizarse) y finalmente, lo menos deseable, cuando la actuación no pueda legalizarse por ser totalmente incompatible con el planeamiento vigente.

En caso de que proceda la legalización, nos encontraremos ante un supuesto de eficacia retroactiva de un acto favorable para el interesado (la nueva licencia) amparado en lo dispuesto en el artículo 57.3 LRJ-PAC. En este supuesto, la licencia solicitada con

posterioridad a la ejecución total o parcial de las obras produce efectos retroactivos legitimando la actividad realizada con anterioridad porque ésta es perfectamente conforme a la ordenación urbanística vigente (y no debe olvidarse que no es la licencia la que concede los derechos que permiten a los particulares llevar a cabo actos de edificación y uso del suelo, sino el planeamiento vigente). Si el interesado no lo solicita voluntariamente, como ocurre habitualmente, los servicios municipales formularán un requerimiento previo al interesado para que inste la legalización y solicite la licencia correspondiente. En ese caso, la solicitud habrá de acompañarse de los documentos que correspondan y del pago de los impuestos y tasas preceptivos. Al tratarse de actuaciones en ejecución o terminadas, se exigirá lo que se denomina un proyecto de legalización y luego la certificación final de las obras terminadas, lo que deberá suscribirse por los técnicos competentes con los visados colegiales obligatorios de acuerdo a las exigencias del Real Decreto 1000/2010, de 5 de agosto. La solicitud se tramitará conforme al procedimiento general previsto para la tramitación de la licencia correspondiente. El incumplimiento de la obligación de instar la legalización por los responsables, podrá originar la imposición de multas coercitivas como medio de ejecución forzosa de esta obligación. En caso de que la legalización se lleve a cabo sobre actuaciones en ejecución, procederá inmediatamente el levantamiento de la medida provisional de suspensión si ésta continuaba aún.

Algunas Comunidades Autónomas, como Andalucía, contemplan la legalización de actuaciones incompatibles con la ordenación urbanística por aplicación del principio de proporcionalidad, pero para ello se requiere que la contradicción no sea sustancial, aunque también prevén, (en casos de obras o actuaciones evidente o manifiestamente incompatibles con la ordenación vigente o sobre los que se haya denegado la autorización correspondiente), procedimientos más ágiles de reposición de la realidad alterada -demoliciones exprés-.

Veamos a continuación las medidas concretas tendentes a proteger la legalidad urbanística y que dependen de varios factores: si las actuaciones están terminadas o en curso de ejecución; si se realizan sin o contra licencia u orden de ejecución, si se realizan al amparo de licencias u órdenes de ejecución ilegalmente concedidas, o si se llevan a cabo en zonas vedes y espacios libres o en otros suelos. Seguiremos la clasificación adoptada por la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, aunque otras clasificaciones adoptadas por legislaciones autonómicas conducen, en líneas generales, a las mismas soluciones.

### **6.2.3. Obras, construcciones y usos sin o contra licencia u orden de ejecución**

#### **a) Medidas sobre actuaciones en ejecución**

Si los servicios de inspección detectan que un acto de construcción, edificación o uso del suelo sujeto a control municipal se realiza sin licencia u orden de ejecución, o sin ajustarse a las condiciones impuestas por una u otra si se han concedido o dictado previamente, lo primero que deberá disponer el Alcalde será la medida provisional de suspensión inmediata del acto, practicando simultáneamente comunicación de esta medida al interesado y a la Consejería competente en materia de ordenación urbanística (art. 193 LSCAM). Si es

la Consejería competente la que tiene conocimiento de esta situación, se dirigirá al Alcalde para que adopte la medida provisional de suspensión y, si éste no la adopta en los diez días siguientes a la recepción del requerimiento de la Consejería, la medida provisional se acordará directamente por el Consejero.

De no cumplirse voluntariamente la orden de suspensión, el Alcalde o, en su caso, el Consejero competente en materia de ordenación urbanística deberá disponer, como medidas provisionales complementarias, el precinto de las obras o del local y la retirada de la maquinaria y los materiales que estuvieran empleándose en las obras a que se refiere el número anterior para su depósito en el lugar que todos los Ayuntamientos deberán habilitar al efecto. Los gastos que originen la retirada y el depósito deberán ser satisfechos solidariamente por el promotor, el constructor y el propietario. Es más, el incumplimiento de la orden de suspensión podrá dar lugar, mientras persista, a la imposición de multas coercitivas por periodos de diez días y cuantía, en cada ocasión, de 150 euros o del 5 por 100 del valor de las obras, si éste fuese superior. Del incumplimiento se dará cuenta en todo caso al Ministerio Fiscal a los efectos de la exigencia de la responsabilidad penal que proceda.

Una vez paralizada provisionalmente la obra o el uso, por no contar con la autorización preceptiva o por contravenir sus condiciones, procede iniciar el procedimiento de legalización de la actuación, lo cual, como ya hemos dicho, podrá concluir con la legalización total o parcial a través de la solicitud de una nueva licencia, o con la obligación de restaurar la realidad física alterada mediante la demolición o reconstrucción que proceda o el cese definitivo del uso. Para ello, el art. 194 LSCAM regula la legalización de actos de edificación o uso del suelo en curso de ejecución. En el plazo de dos meses, contados desde la notificación de la suspensión provisional de la actividad, el interesado deberá solicitar la legalización o, en su caso, ajustar las obras o los usos a la licencia u orden de ejecución. Si transcurrido el plazo de dos meses el interesado no hubiere presentado la solicitud de legalización o, en su caso, no hubiese ajustado las obras a las condiciones señaladas en la licencia u orden de ejecución, la Junta de Gobierno Local o, en los municipios en que ésta no exista el Pleno de la corporación, acordará la demolición de las obras a costa del interesado y procederá a impedir definitivamente los usos a los que diera lugar. De igual forma se procederá si la legalización fuera denegada por ser la autorización de las obras o los usos contraria a las prescripciones del planeamiento urbanístico o de las Ordenanzas aplicables. En estos casos, el acuerdo municipal deberá ser notificado a la Consejería competente en materia de ordenación urbanística.

Cuando el acto en curso de ejecución sin licencia u orden de ejecución -o contraviendo las condiciones de la de la licencia concedida o de la orden impartida- consistiera en la demolición de una construcción o edificio, la Junta de Gobierno Local o, en los municipios en que ésta no exista el Pleno del Ayuntamiento, ordenará, si así procede, la reconstrucción de lo indebidamente demolido. Igualmente, el acuerdo municipal deberá ser notificado a la Consejería competente. En el caso de que el edificio o construcción tengan valor histórico-artístico o esté incluido en Catálogos de Planes de Ordenación Urbanística, se ordenará el cese definitivo del acto, con adopción de las medidas de seguridad procedentes a costa del interesado. La reconstrucción, en su caso, que se hará también a

costa del interesado, deberá someterse a las normas establecidas para conservación y restauración que le sean de aplicación.

El plazo de resolución del procedimiento de legalización, con las consecuencias que procedan, será de 10 meses. Además, si los acuerdos municipales que ordenan la demolición efectiva o la reconstrucción de lo indebidamente derribado, no se ejecutan en los dos meses siguientes a su adopción, el Consejero podrá disponer la demolición o reconstrucción a costa del interesado, previo requerimiento al Alcalde.

#### **b) Medidas sobre actuaciones terminadas**

Sobre actuaciones terminadas que carezcan de las autorizaciones pertinentes o no se ajusten a las condiciones señaladas en ellas ya no es posible, lógicamente, dictar una medida provisional de suspensión del acto de edificación o uso del suelo, pero el que una actuación esté terminada no quiere decir que no resulte posible proceder a la restauración del orden urbanístico. No debe desconocerse que, en estos casos y especialmente en los casos en que hay que derribar edificios sobre los que pueden existir intereses de terceros –posibles compradores-, la ejecución material de las decisiones adoptadas es complicada, pues una vez adoptada la decisión por la Administración, los interesados emprenderán en su defensa un largo y complicado camino de recursos administrativos y contencioso-administrativos, que culminará años más tarde y luego será necesario ejecutar la sentencia firme que haya recaído, lo que en el ámbito urbanístico plantea serias dificultades.

Para adoptar medidas de protección de la legalidad urbanística sobre edificios o actos terminados es preciso que no haya prescrito la posible irregularidad, lo que en términos generales sucede a los cuatro años desde la terminación total de las obras. Por ello, en la Comunidad de Madrid, el art. 195 LSCAM establece que siempre que no hubieren transcurrido más de cuatro años desde la total terminación de las obras<sup>60</sup> realizadas sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en ellas, el Alcalde requerirá al promotor y al propietario de las obras o a sus causahabientes para que soliciten en el plazo de dos meses la legalización o ajusten las obras a las condiciones de la licencia u orden de ejecución, practicando simultáneamente comunicación de esta medida a la Consejería competente en materia de ordenación urbanística y al interesado. Al igual que sucedía en las actuaciones en curso de ejecución, si la Consejería competente tiene conocimiento de obras realizadas sin o contra licencia u orden de ejecución, podrá requerir al Alcalde para que requiera a los responsables que soliciten la legalización o ajusten las obras a las condiciones de la licencia u orden. Pese a ello, si el Alcalde no lleva a cabo la actuación requerida en los 10 días siguientes, podrá el Consejero sustituir al Alcalde acordando directamente que se requiera al promotor, propietario o a sus causahabientes para que legalicen las obras o las ajusten a las condiciones de la licencia u orden de ejecución.

---

<sup>60</sup> De acuerdo con el art. 196 LSCAM, se presume que unas obras realizadas sin título habilitante están totalmente terminadas a partir del momento en que estén dispuestas para servir al fin o el uso previstos, sin necesidad de ninguna actuación material posterior.

Pese a lo anterior, si el interesado no solicita la legalización en el plazo de dos meses, o si ésta fuese denegada por ser la autorización de las obras contraria a las prescripciones del Plan de Ordenación Urbanística o de las Ordenanzas aplicables, el órgano municipal competente (la Junta de Gobierno Local o el Pleno del Ayuntamiento cuando ésta no exista) ordenará la demolición de lo indebidamente construido a costa del interesado (o la reconstrucción de lo indebidamente derribado) y procederá a impedir definitivamente los usos a que diere lugar. El acuerdo municipal deberá comunicarse a la Consejería competente, entre otros, a los efectos de controlar si los acuerdos municipales que ordenan la demolición efectiva o la reconstrucción de lo indebidamente derribado, se ejecutan o no, pues si no se llevan a cabo en los dos meses siguientes a su adopción, el Consejero podrá disponer la demolición o reconstrucción a costa del interesado, previo requerimiento al Alcalde.

También aquí, el plazo máximo de notificación de la resolución del procedimiento regulado en este artículo será de diez meses.

#### **6.2.4. Obras realizadas al amparo de licencias u órdenes de ejecución ilegales**

Cuando un Ayuntamiento considere que el contenido de una licencia u orden de ejecución sea ilegal, constituyendo manifiestamente, (por tanto, susceptible de apreciación inmediata por ser evidente u ostentosa) una infracción grave o muy grave<sup>61</sup>, el Alcalde habrá de suspender su eficacia, lo que conllevará la paralización o cese inmediato de los actos de edificación o uso del suelo que se están desarrollado en base a la licencia u orden de ejecución (arts. 186 TR76, 197 LSCAM o 119 LSCyL). Este acuerdo se adopta de forma cautelar, con el fin de evitar la continuación de unas obras que se presumen claramente ilegales, pero después la decisión definitiva sobre la legalidad o ilegalidad de la licencia u orden de ejecución corresponde a los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa, ya que la autoridad que adopte dicho acuerdo deberá trasladarlo inmediatamente al órgano judicial competente, a los efectos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que establece un procedimiento sumario en su artículo 127 con el fin de que los particulares vean garantizados sus derechos frente a posibles errores o abusos del órgano administrativo que adoptó la decisión.

Entre tanto el Tribunal dicta sentencia, continuará la paralización de las obras. Si el Tribunal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al dictar sentencia, anulase la licencia u orden de ejecución, procederá la demolición de las obras o la reconstrucción de lo demolido, según proceda. En ese caso, el órgano municipal que suspendió sus efectos ordenará la incoación de expediente sancionador al objeto de imponer, si procediera, las multas correspondientes a los responsables y adoptar las demás medidas previstas en la presente Ley (art. 198 LSCAM).

---

<sup>61</sup> Téngase en cuenta que el art. 235.1 LSCAM establece que, cuando los actos y las actividades constitutivas de infracción se realizaran al amparo de una licencia u orden de ejecución y de acuerdo con sus determinaciones, no se podrá imponer sanción en tanto no se proceda a la anulación del acto administrativo que las autorice.

Si las obras estuvieran terminadas, las licencias u órdenes de ejecución, cuyo contenido constituya o legitime alguna de las infracciones graves o muy graves, deberán ser revisadas por el órgano municipal correspondiente de acuerdo al procedimiento de revisión de oficio regulado en el artículo 102 LRJ-PAC<sup>62</sup>, que contiene la regulación general del procedimiento de revisión de oficio. Recordemos que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas, expresos o presuntos, que, siendo contrarios al ordenamiento jurídico, permitan la adquisición de facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición -art. 62.1.f) LRJ-PAC-. Sólo cabe la revisión de oficio porque los efectos del instrumento de control municipal han concluido. Dicho procedimiento puede dar lugar, si procede, a la estimación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial contra la Administración y será independiente a todos los efectos de los eventuales procedimientos de carácter sancionador que se incoen. Ahora bien, para evitar abusos el art. 35.d) TRLS afirma que «en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».

### **6.2.5. Obras y licencias en zonas verdes y espacios libres**

Hasta ahora hemos visto que el plazo para adoptar medidas de protección de legalidad urbanística en actuaciones terminadas es de cuatro años desde la terminación total de las obras, pues pasado ese plazo se considera que ha prescrito la posibilidad de perseguir la posible irregularidad urbanística. Sin embargo, este plazo de prescripción no existe cuando los actos de edificación y uso del suelo se realizan en zonas verdes y espacios libres. Las legislaciones urbanísticas autonómicas disponen que los actos de construcción, edificación o uso del suelo que se realicen sin licencia u orden de ejecución en terrenos calificados por el planeamiento urbanístico como zona verde o espacio libre –que no son los suelos rurales o no urbanizables- quedarán sujetos al régimen de protección de la legalidad urbanística, que hemos comentado anteriormente, sin que sea de aplicación limitación de plazo alguna para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística (art. 200 LSCAM).

Por ello, son nulas de pleno derecho las licencias que legitimen y las órdenes de ejecución que impongan actos o usos que constituyan, de acuerdo con la legislación urbanística, infracciones urbanísticas muy graves y, en todo caso, las que afecten a zonas verdes y espacios libres. El art. 10.3 TRLS ha venido a establecer que «serán nulos de pleno derecho los actos administrativos de intervención que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres previstos en los instrumentos de ordenación urbanística. Mientras las obras estén en curso de ejecución, se procederá a la suspensión de los efectos del acto administrativo legitimador y a la adopción de las demás medidas que procedan. Si las obras estuvieran terminadas, se procederá a su revisión de oficio por los trámites previstos en la legislación de procedimiento administrativo común».

---

<sup>62</sup> Recordemos que según el artículo 46 TRLS -que sustituye al antiguo artículo 302 del texto refundido de la Ley de Suelo de 1992, que permanecía vigente-, las entidades locales podrán revisar de oficio sus actos y acuerdos en materia de urbanismo, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

## 7. Régimen urbanístico sancionador: la concurrencia del Derecho Penal y del Derecho Administrativo

### 7.1. La potestad sancionadora de la Administración y sus principios generales

La Administración cuenta, entre sus potestades, con la potestad sancionadora, como mecanismo para evitar conductas contrarias al ordenamiento jurídico. La regulación básica de la potestad sancionadora de la Administración se recoge en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que ha sido desarrollado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

La regulación administrativa que hemos señalado contiene las reglas básicas de todo procedimiento sancionador, que se aplicarán también en los procedimientos sancionadores relacionados con el urbanismo. Respetando esta normativa, que tiene carácter básico *ex art. 149.1.18ª C.E.*, los legisladores autonómicos, al elaborar su normativa propia en materia urbanística, han desarrollado sus propias regulaciones sobre régimen urbanístico sancionador estableciendo un conjunto de infracciones y sanciones, junto con unas reglas de procedimiento. Esta normativa se puede completar, para cuestiones de detalle y cuando sea necesario, por el Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978.

El Título IX de la LRJ-PAC, junto a los preceptos constitucionales entre los que destaca el art. 9.3 y el 25.1 C.E., define los principios básicos a los que debe quedar sometida cualquier actuación sancionadora de la Administración. Entre ellos y de forma muy resumida podemos encontrar los siguientes:

- Principio de legalidad: el uso de la potestad sancionadora de la Administración debe ser atribuido por norma con rango de Ley, la cual debe en lo sustancial determinar las infracciones y las sanciones más importantes. Las leyes autonómicas tipifican las infracciones y sanciones más importantes. Cualquier otra regulación de contenido sancionador que realicen las entidades locales y que no venga amparada en una norma legal del Estado o de la Comunidad Autónoma, deberá realizarse en el marco de lo dispuesto en el Título XI LBRL, ya que éstas sólo pueden dictar normas de contenido reglamentario (las ordenanzas locales en particular).
- Principio de irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales (art. 9.3 C.E.).
- Principio de tipicidad: toda infracción debe estar perfectamente tipificada, es decir definida, por el ordenamiento jurídico, de forma que sólo las conductas que se ajusten en su totalidad al tipo o enunciado que establece la infracción podrán ser sancionadas. Las sanciones, a su vez, también deberán estar claramente definidas por la Ley en relación con las infracciones.
- Principio de responsabilidad: sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas o jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia. Aquí debemos tener en cuenta

que, según el artículo 130.2 LRJ-PAC, las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización de los daños y perjuicios causados.

- Principio de proporcionalidad: en la determinación normativa del régimen sancionador y en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, debiendo tener en cuenta la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los daños causados y la reincidencia.
- Principio de competencia del órgano sancionador: el órgano que imponga una sanción en ejercicio de la potestad disciplinaria debe ser el competente de acuerdo con la regulación que sea de aplicación.
- Principio *non bis in ídem*: como ha declarado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias (empezando por la STC 2/1981), no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. Con carácter general, en el momento en que se encuentre en marcha un proceso penal deberá paralizarse el procedimiento administrativo hasta que recaiga resolución penal. El procedimiento administrativo sancionador se archivará si la resolución penal considera que existe responsabilidad y continuará en el caso contrario.
- Principio de presunción de inocencia: los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

Del análisis de la legislación urbanística autonómica se desprende otro principio de gran importancia en la materia: el Principio de confiscación total del beneficio de la infracción. Para evitar que los sujetos lleven a cabo actuaciones ilegales porque, pese a la sanción impuesta, sigan obteniendo un beneficio económico, la mayoría de las legislaciones autonómicas permiten aumentar el importe de la sanción hasta el beneficio obtenido por el infractor, en el caso de que este sea superior al importe de la multa, al coste de la restitución de la legalidad urbanística a su situación normal y al de la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, este principio no debería ser necesario si se aplicasen, como es debido, las consecuencias legales de la comisión de infracciones que implican, además de la sanción, la restauración de la legalidad infringida (derribando si es preciso lo indebidamente construido, por ejemplo) y la indemnización de daños y perjuicios.

El régimen sancionador en el ámbito urbanístico es compatible con otros regímenes sancionadores contemplados por normas que pretenden proteger otro tipo de intereses públicos. Así, la Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid (Ley 3/2013, de 18 de junio) contempla en sus artículos 42 a 45 un régimen sancionador. Lo mismo hacen los artículos 75 a 79 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. En relación con nuestro patrimonio natural, los artículos 75 a 80 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, tipifican las infracciones y regulan las sanciones por atentar frente al mismo. Cuando se produzca un concurso de infracciones y de leyes, porque un mismo hecho sea calificado como infracción por la



legislación urbanística y por otra ley sectorial, se aplicará el precepto que prevea una sanción más grave y deberá garantizarse que con el pago de la sanción el infractor no puede obtener ningún beneficio económico con su actuación (art. 211.1 LSCAM).

## **7.2. Infracciones y sanciones urbanísticas**

### **7.2.1. Reglas sobre determinación de infracciones e imposición de sanciones**

Antes de enumerar las infracciones y sanciones previstas por las legislaciones autonómicas urbanísticas, que son las competentes para establecerlas, analizaremos algunas cuestiones relativas a su determinación y a su régimen jurídico. Entre ellas, cabe destacar la regulación de las consecuencias que la Ley atribuye a la comisión de una infracción urbanística y que no quedan, simplemente, en la sanción. De hecho, las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística son independientes de las sanciones cuya imposición proceda por razón de la comisión de infracciones (art. 204 LSCAM). De conformidad con el art. 202 LSCAM, toda acción u omisión tipificada como infracción urbanística podrá dar lugar a la adopción de las medidas siguientes:

- a) La restauración del orden jurídico infringido y de la realidad física alterada o transformada como consecuencia de la actuación ilegal, a través de las medidas reguladas en la presente Ley.
- b) La iniciación de los procedimientos de suspensión y revocación o anulación de los actos administrativos en los que presuntamente pudiera ampararse la actuación ilegal.
- c) Las que procedan para la exigencia de la responsabilidad sancionadora, así como, en su caso, penal.
- d) La exigencia de resarcimiento de daños e indemnización de los perjuicios a cargo de quienes sean declarados responsables.

En ningún caso, añade el art. 202.2 LSCAM, podrá la Administración dejar de adoptar las medidas tendentes a reponer los bienes afectados al estado anterior a la producción de la situación ilegal. Esta es, en mi opinión, la clave del procedimiento sancionador para que tenga efectos reales, pues en la mayoría de los casos los particulares temen más las órdenes de derribo que la propia sanción económica, y por ello es importante que se adopten los mecanismos de restauración de la legalidad urbanística, lo que no siempre hacen los Ayuntamientos.

A la hora de concretar las sanciones a imponer por la conducta infractora del ordenamiento urbanístico, habrá que tener en cuenta las posibles circunstancias que influyan en el agravamiento o la atenuación de la responsabilidad del autor de la infracción. Así, son circunstancias que agravan la responsabilidad de los culpables de una infracción urbanística (art. 206.1 LSCAM):

- a) Prevalerse, para cometer la infracción, de la titularidad de un oficio o cargo público.
- b) Emplear la violencia o cualquier otro tipo de coacción sobre la autoridad o funcionario público encargado de cumplimiento de la legalidad urbanística o mediando soborno.

- c) Cometer la infracción alterando los supuestos de hecho que presuntamente legitima- sen la actuación o mediante falsificación de los documentos en que se acreditasen el fundamento legal de la actuación.
- d) Aprovechar o explotar en beneficio propio una grave necesidad pública o del particu- lar o particulares que resultaren perjudicados.
- e) Ofrecer resistencia a las órdenes emanadas de la Administración relativas a la protec- ción de la legalidad o su cumplimiento defectuoso.
- f) Iniciar las obras sin orden escrita del titulado técnico director o realizar las modifica- ciones en la ejecución del proyecto sin haber recibido instrucciones expresas de di- cho técnico, quedando exento de responsabilidad el empresario constructor en todos aquellos casos en que justifique suficientemente haberse atendido a las instrucciones recibidas de la dirección facultativa de obras.
- g) Cometer la infracción habiendo sido sancionado con anterioridad, mediante sanción firme, por la comisión de cualquier infracción urbanística tipificada por la ley.
- h) Persistir en la infracción tras la inspección y pertinente advertencia del agente de la autoridad.

En cambio, son circunstancias cuya concurrencia atenúa la responsabilidad sancio- nadora (art. 206.2 LSCAM):

- a) La ausencia de intención de causar un daño tan grave a los intereses públicos o priva- dos afectados.
- b) La reparación voluntaria y espontánea del daño causado antes del inicio de cualquier actuación administrativa sancionadora.
- c) La paralización de las obras o el cese en la actividad o uso, de modo voluntario, tras la inspección y la pertinente advertencia del agente de la autoridad.

Se considerarán circunstancias mixtas, es decir las que según el caso concreto puedan agravar o atenuar la responsabilidad, las siguientes:

- a) El mayor o menor conocimiento técnico de los pormenores de la actuación, de acuer- do con la profesión o actividad habitual del culpable.
- b) El mayor o menor beneficio obtenido de la infracción o, en su caso, el haberla realizado sin consideración ninguna al posible beneficio económico que de la misma se derivase.

Como las sanciones impuestas por la normativa autonómica son de carácter pecu- niario, el art. 208 LSCAM contempla como proceder a su graduación, cuando concurra alguna de las circunstancias descritas anteriormente. Cuando en el hecho concurra alguna circunstancia agravante, la multa se impondrá siempre en su grado máximo. Si concurriere alguna circunstancia atenuante, la multa se impondrá en su grado mínimo. Las mismas reglas se observarán según los casos cuando concurra alguna o algunas de las circunstancias mixtas.

Veamos a continuación las infracciones urbanísticas más importantes, siguiendo el esquema previsto por la LSCAM que contempla, al igual que las legislaciones de otras

Comunidades Autónomas, tanto un régimen específico de aplicación preferente, como un régimen general previsto para los casos de conductas no recogidas en aquél. Las reglas sobre la competencia administrativa para incoar, instruir y resolver estos procedimientos sancionadores se concretan en los artículos 231 y 232 LSCAM.

### 7.2.2. Régimen general de infracciones y sanciones

Deben considerarse infracciones urbanísticas las acciones y omisiones que vulneren o contravengan las normas urbanísticas, los planes y las ordenanzas cuando estén tipificadas y sujetas a sanción por la correspondiente legislación urbanística. Por ello, el art. 204 LSCAM clasifica las infracciones urbanísticas en muy graves, graves y leves, regulando un régimen general de aplicación supletoria a la aplicación del régimen específico del que luego hablaremos.

Son infracciones muy graves:

- a) La tipificadas como graves, cuando afecten a terrenos clasificados como suelo no urbanizable de protección o calificados como elementos de las redes supramunicipales o municipales de infraestructuras, equipamientos y servicios públicos y a los que tengan la consideración de dominio público por estar comprendidos en zonas de protección o servidumbre, por declaración urbanística o sectorial.
- b) El incumplimiento total o parcial de las obligaciones impuestas por medidas provisionales o cautelares adoptadas con motivo del ejercicio de la potestad de protección de la legalidad y de restablecimiento del orden jurídico perturbado.
- c) La destrucción o el deterioro de bienes catalogados por la ordenación urbanística, o declarados de interés cultural conforme a la legislación sobre el patrimonio histórico, cultural y artístico, así como las parcelaciones en suelo no urbanizable de protección.

Son infracciones graves:

- a) La realización de actos y actividades de transformación del suelo mediante la realización de obras, construcciones, edificaciones o instalaciones sin la cobertura formal de las aprobaciones, calificaciones, autorizaciones, licencias u órdenes de ejecución preceptivas o contraviniendo las condiciones de las otorgadas, salvo que se trate de obras menores, no precisadas legalmente de proyecto técnico alguno y con escasa repercusión en el ambiente urbano, rural o natural. De darse esta última salvedad, la infracción tendrá carácter de leve. Tendrán en todo caso la condición de infracciones graves los actos consistentes en movimientos de tierras y extracciones de minerales.
- b) La implantación y el desarrollo de usos incompatibles con la ordenación urbanística aplicable.
- c) Los incumplimientos, con ocasión de la ejecución del planeamiento urbanístico, de deberes y obligaciones impuestos por la Ley y, en virtud de la misma, por los instrumentos de planeamiento, gestión y ejecución o asumidos voluntariamente mediante convenio, salvo que se subsanen voluntariamente tras el primer requerimiento formulado al efecto por la Administración, en cuyo caso tendrán la consideración de leves.

d) La negativa u obstrucción de la labor inspectora.

Por último, son infracciones leves las acciones u omisiones antijurídicas no comprendidas en los números anteriores.

A las anteriores infracciones, les serán aplicables las sanciones pecuniarias siguientes (art. 207 LSCAM):

- a) Infracciones leves: multa de 600 a 30.000 euros.
- b) Infracciones graves: multa de 30.001 a 600.000 euros.
- c) Infracciones muy graves: multa de 600.001 a 3.000.000 de euros.

### 7.2.3. Régimen específico

Junto al régimen general, muchas legislaciones autonómicas, y también los artículos 66 a 90 del RDU contemplan una tipificación específica de las infracciones y de las sanciones urbanísticas, en la que la cuantía de las multas se fija normalmente en porcentajes sobre el valor de los terrenos afectados, de las obras proyectadas o realizadas, de lo destruido por la actividad que se sanciona o de las obras que sea necesario realizar para subsanar las deficiencias correspondientes, dentro de unos límites máximo y mínimo. Este régimen específico es de aplicación preferente, quedando el general para los supuestos que aquí no se contemplen (art. 211.1 LSCAM). La LSCAM distingue entre infracciones en materia de parcelación, infracciones en materia de uso del suelo y edificación e infracciones relacionadas con el incumplimiento del planeamiento.

En la Comunidad de Madrid los artículos 213 a 216 LSCAM contienen el régimen sancionador de las parcelaciones ilegales. En éstas, el importe de la multa podrá ampliarse a una cuantía igual a todo el beneficio obtenido más los daños y perjuicios ocasionados, no pudiendo ser nunca inferior a la diferencia entre el valor inicial y el de venta de la parcela correspondiente (art. 208.2 LSCAM). Destaquemos la sanción de las parcelaciones ilegales en suelo no urbanizable de protección, sancionadas con multa del 20 al 25 por 100 del valor de los terrenos afectados, calculado conforme a la legislación vigente en cada caso, que podrá incrementarse hasta el 30 por 100 del valor del suelo si la división realizada lesiona el valor específico que, en su caso, proteja el ordenamiento urbanístico.

Igualmente, quienes realicen obras de urbanización, construcción, edificación o instalación en contra del uso que corresponda al suelo en el que se ejecuten, serán sancionados con multa del 15 al 25 por 100 del valor de la obra proyectada, calculado por los correspondientes servicios técnicos de la Administración que instruya el expediente. La sanción se impondrá en su grado máximo cuando la actuación se refiere a suelo destinado a viales, parques y jardines públicos, zonas deportivas, de recreo y expansión o equipamiento comunitario (art. 217 LSCAM).

Asimismo, serán sancionados con multa del 10 al 15 por 100 del valor del edificio, planta, local o dependencia, calculado conforme a la legislación vigente en cada caso,

quienes alteren el uso al que éstos se destinaron por el planeamiento urbanístico o defrauden por cualquier procedimiento, incluido el precio de venta, el régimen de protección a que estuvieran sujetos los destinados a vivienda (art. 219 LSCAM).

Una conducta bastante frecuente consiste en excederse construyendo por encima de la edificabilidad permitida. En ese caso, el art. 220 LSCAM sanciona con multa del 15 al 25 por 100 de su valor el exceso de edificación sobre la edificabilidad permitida por el planeamiento. Igualmente, el incumplimiento de las reglas de distancia de las edificaciones entre sí y en relación con las vías públicas, espacios libres y linderos, se sancionarán con multa del 15 al 25 por 100 del importe de la obra que se sitúa fuera de los límites a los que deba ajustarse (art. 223 LSCAM).

Sin perjuicio de las disposiciones sancionadoras contenidas en las normas de protección del patrimonio histórico-artístico, quienes derriben o desmonten total o parcialmente edificaciones, construcciones o instalaciones que sean objeto de una protección especial por su carácter monumental, histórico, artístico, arqueológico, cultural, típico o tradicional, incluidos en Catálogos serán sancionados con multa equivalente al doble del valor de lo destruido. Además, se sancionará con multa del 75 al 100 por 100 del valor de la obra proyectada la realización de construcciones en lugares inmediatos o que formen parte de un grupo de edificios de carácter histórico-artístico, arqueológico, típico o tradicional, que, infringiendo las correspondientes normas o régimen jurídico de protección, quebranten la armonía del grupo, o cuando produzcan el mismo efecto en relación con algún edificio de gran importancia o calidad de los caracteres indicados. La graduación de la multa se realizará en atención al carácter grave o leve de la discordancia producida (art. 224 LSCAM).

Por su parte, el art. 225 sanciona con multa del 15 al 25 por 100 del valor de las obras complementarias que fuere necesario realizar para subsanar las deficiencias correspondientes, quienes infringieren las normas sobre condiciones higiénico-sanitarias y estéticas. En la misma sanción incurrirán quienes vulneren otras determinaciones de las Ordenanzas municipales o del proyecto de urbanización cuando causen un perjuicio o pongan en situación de riesgo la normalidad del uso de la edificación, construcción, instalación o servicio o la salud de los usuarios.

También serán sancionados con multa de 600 a 30.000 euros quienes coloquen carteles de publicidad sin licencia, cuantía que se graduará en función de la localización, tamaño e incidencia en el medio físico y en el entorno (art. 227 LSCAM). Por otro lado, será sancionada con multa del 10 al 15 por 100 de su valor, la instalación o ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, provisionales o permanentes, sin licencia (art. 228).

El art. 229 LSCAM sanciona con multa equivalente al importe de las obras de urbanización e implantación de servicios, a quienes las realicen sin la cobertura del o de los actos administrativos precisos para su legitimación en suelo no urbanizable de protección y en suelo urbanizable no sectorizado, siempre que en este último caso el suelo no cuente con ordenación pormenorizada o las obras sean disconformes con la que

exista. La sanción que se imponga nunca podrá ser inferior a 3.000 euros. Cuando las obras anteriores se realicen en suelo urbano o urbanizable sectorizado con ordenación pormenorizada, se sancionarán con multa por importe del 20 al 25 por 100 del valor de las efectivamente ejecutadas, salvo que fueran susceptibles de legalización, en cuyo caso la multa será del 5 por 100 de dicho valor.

Como último ejemplo, podemos poner el del incumplimiento de las obligaciones de conservación de la urbanización que se hayan asumido (art. 230 LSCAM), que se sancionará con multa de 6.000 a 300.000 euros. La cuantía de la multa será proporcional al grado de deterioro o abandono de los elementos de la urbanización producido por el incumplimiento.

Conviene señalar que muchas Comunidades Autónomas han introducido en su legislación reglas conducentes a que los importes de las multas, tras descontar el coste de la actividad administrativa de inspección, se destinarán a la mejora del patrimonio público del suelo, destinándose especialmente a actuaciones relacionadas con equipamientos y espacios libres dentro del suelo urbano, de conformidad con lo dispuesto en el planeamiento (arts. 234 LSCAM y 197 LOUA, por ejemplo).

### **7.3. Personas responsables y prescripción**

Se consideran responsables de las infracciones urbanísticas no sólo a los autores materiales de las mismas, sino también a todos aquellos que, con su conducta, cooperen o faciliten decisivamente la comisión de la infracción. Así, de forma similar a lo dispuesto por otras legislaciones autonómicas, el art. 205 LSCAM considera responsables de las infracciones, a todos los efectos, a las siguientes personas:

- a) En las obras, instalaciones, construcciones, edificaciones, actividades o usos del suelo ejecutados o desarrollados sin concurrencia de los presupuestos legales para su legitimidad o contraviniendo sus condiciones:
  - 1º Los técnicos facultativos autores de los proyectos o documentos técnicos, si las obras proyectadas fueran incompatibles con el planeamiento urbanístico.
  - 2º Los promotores y constructores de las obras o instalaciones y los titulares, directores o explotadores de los establecimientos, las actividades o los usos, así como los técnicos directores de las obras y de su ejecución y los directores de las instalaciones.
- b) En las obras, instalaciones, construcciones, edificaciones, actividades o usos del suelo ejecutados o desarrollados al amparo de actos administrativos ilegales:
  - 1º Las personas enumeradas en los dos apartados de la letra anterior.
  - 2º El titular del órgano administrativo unipersonal que haya otorgado las aprobaciones, autorizaciones o licencias sin los preceptivos informes o en contra de los emitidos en sentido desfavorable por razón de la infracción, o los miembros de los órganos colegiados que hayan votado a favor de dichas aprobaciones, autorizaciones o licencias en idénticas condiciones, el Secretario del Ayuntamiento que no haya advertido de la omisión de alguno de los preceptivos informes técnico y jurídico, así como el o los funcionarios facultativos que hayan informado favorablemente con conocimiento de la vulneración del orden jurídico.

A los efectos de la imputación de responsabilidad por la comisión de infracciones, se considerará también como promotor al propietario del suelo en el cual se cometa o se ha cometido la infracción cuando haya tenido conocimiento de las obras, instalaciones, construcciones, edificaciones, actividades o usos infractores. Salvo prueba en contrario, se presumirá ese conocimiento cuando por cualquier acto haya cedido el uso del suelo, para los expresados fines, al responsable directo o material de la infracción.

Las personas jurídicas (empresas constructoras, promotoras, etc.) serán responsables de las infracciones cometidas por sus órganos o agentes y asumirán el coste de las medidas de restablecimiento del orden jurídico perturbado y de las indemnizaciones por daños y perjuicios a terceros a que haya lugar (art. 205.3). Además de lo anterior, conviene decir que algunas normas autonómicas extienden la posibilidad de sancionar no sólo a las personas físicas y jurídicas, sino también a las entidades y uniones sin personalidad jurídica (comunidades de propietarios, de bienes o herencias yacentes) cuando la infracción consista en la transgresión de deberes o de prohibiciones cuyo incumplimiento les corresponda, lo cual adquiere especial interés en el caso de las ordenes de ejecución o, actualmente, en el caso del deber de acreditar las obligaciones correspondientes a la inspección técnica de edificios.

Debe mencionarse que el deber de conservación en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público que se exige a los propietarios de terrenos, construcciones y edificios supone la posibilidad de exigir la responsabilidad solidaria al propietario de un inmueble aunque no sea el autor material de una infracción que se lleve a cabo en su propiedad. La responsabilidad, que como hemos dicho puede exigirse solidariamente a cualquiera de los responsables, podría llegar a reclamarse subsidiariamente a los gestores o administradores de personas jurídicas y uniones sin personalidad jurídica, si su conducta ha determinado la infracción.

Por lo que se refiere al plazo de prescripción de infracciones y sanciones, el artículo 236 LSCAM dispone que la prescripción de las infracciones urbanísticas se producirá por el transcurso de cuatro años, salvo las que afecten a zonas verdes y espacios libres que no tienen plazo de prescripción. También, la prescripción de las sanciones por la comisión de infracciones urbanísticas se producirá por el transcurso de cuatro años.

Para determinar la fecha de inicio del cómputo de estos plazos de prescripción habrá que estar a lo dispuesto en el art. 237 LSCAM, según el cual, el plazo de prescripción de las infracciones comenzará a correr desde el día en que la infracción se haya cometido o, en su caso, desde aquél en que hubiera podido incoarse el procedimiento sancionador. A este último efecto, se entenderá posible la incoación del procedimiento sancionador desde el momento de la aparición de signos externos que permitan conocer los hechos constitutivos de la infracción. Cuando la infracción se haya cometido con ocasión de la ejecución de obras o el desarrollo de usos, el plazo de la prescripción de aquélla nunca comenzará a correr antes de la total terminación de las primeras o el cese definitivo en los segundos. En coherencia con lo anterior, en las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de la finalización de la actividad o la del último acto con

el que la infracción se consuma. Por otra parte, el plazo de prescripción de las sanciones comenzará a correr desde el día siguiente a aquél en que adquiriera firmeza, la resolución por la que se imponga la sanción.

#### **7.4. La acción pública en materia urbanística y las garantías judiciales**

Salvo en determinadas materias (costas, patrimonio histórico, urbanismo o, con matices, medio ambiente) para presentar un recurso administrativo o judicial ante los órganos competentes hace falta lo que se denomina legitimación, es decir, tener un interés directo en el asunto controvertido que confiera el derecho a actuar judicialmente en su defensa. Sin embargo, en materia urbanística, en la medida en que las acciones individuales de los particulares tienen consecuencias sobre el conjunto de los ciudadanos, pues la adecuada ordenación urbanística de un municipio tiene un interés general, la legislación vigente permite lo que se denomina “acción pública”, en virtud de la cual cualquier persona, tenga o no interés directo en el asunto, puede llevar a cabo las actuaciones jurídicas que considere oportunas en defensa de la legalidad urbanística vigente.

En ese sentido el artículo 48 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008, -que ha venido a sustituir al antiguo 304 del texto refundido de la Ley de Suelo de 1992-, expresa lo siguiente:

- «1. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística.
2. Si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, podrá ejercitarse durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística».

Lo mismo establece el artículo 4.f) TRLS, cuando habla de los derechos urbanísticos de los ciudadanos. Todos los ciudadanos tienen derecho a ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

En relación con las garantías judiciales de los interesados hay que recordar que existen dos vías de defensa ante los Tribunales. Por un lado la vía civil u ordinaria, regida por la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la que pueden acudir los titulares de derechos reales afectados que se vean afectados por actuaciones urbanísticas o edificatorias que vulneren sus derechos y que se realicen por sujetos privados. A esta vía se refiere el artículo 49 de la Ley del Suelo de 2008.

La segunda vía es la contencioso-administrativa, en la que aquéllos que tengan derechos o intereses legítimos que se vean afectados por decisiones de Administraciones



Públicas<sup>63</sup> podrán recurrir a la vía contencioso-administrativa utilizando los medios dispuestos por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. A esta segunda vía se refiere el artículo 50 de la Ley de Suelo de 2008, en virtud del cual, todos los actos de las entidades locales, cualquiera que sea su objeto, que pongan fin a la vía administrativa serán recurribles directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Lo mismo sucederá con la aprobación definitiva de los actos de ordenación territorial y de los de ordenación y ejecución urbanísticas, sin perjuicio de los recursos administrativos previos que puedan resultar procedentes.

### 7.5. Responsabilidad administrativa y penal. El delito urbanístico

Como hemos mencionado anteriormente, en algunos casos la comisión de una infracción administrativa en materia urbanística puede constituir al mismo tiempo una infracción penal. Normalmente y conforme al principio de última ratio, el Derecho Penal debería regular y sancionar criminalmente las conductas más graves, dejando para el Derecho Administrativo la sanción del resto de actuaciones antijurídicas relacionadas con la actuación de los poderes públicos. No obstante, en las últimas décadas cada vez es más frecuente encontrar conductas antijurídicas sancionadas tanto penal como administrativamente, debiéndose criticar la falta de criterio para ordenar mejor su regulación por el legislador.

Por ello, en estos últimos tiempos ha cobrado un gran protagonismo el principio *non bis in ídem* que impide una doble sanción penal y administrativa y que ha quedado reflejado en la legislación urbanística. En este sentido, el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008, -que incorpora lo dispuesto por el antiguo artículo 274 del texto refundido de la Ley del Suelo de 1992-, dispone lo siguiente:

«Artículo 42. Infracciones constitutivas de delito o falta.

Cuando con ocasión de los expedientes administrativos que se instruyan por infracción urbanística o contra la ordenación del territorio aparezcan indicios del carácter de delito o falta del propio hecho que motivó su incoación, el órgano competente para imponer la sanción lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos de exigencia de las responsabilidades de orden penal en que hayan podido incurrir los infractores, absteniéndose aquél de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición a la situación anterior a la comisión de la infracción».

Pues bien, en el caso de que no proceda la sanción penal, la autoridad judicial deberá devolver el expediente a la autoridad administrativa con el fin de que continúe el procedimiento sancionador.

<sup>63</sup> "Artículo 47. Carácter de los actos y convenios regulados en la legislación urbanística:

Tendrán carácter jurídico administrativo todas las cuestiones que se suscitaren con ocasión o como consecuencia de los actos y convenios regulados en la legislación urbanística aplicable entre los órganos competentes de las Administraciones Públicas y los propietarios, individuales o asociados, o promotores de actuaciones de transformación urbanística, incluso las relativas a cesiones de terrenos para urbanizar o edificar".

Por tanto, como consecuencia de las actuaciones urbanísticas y de edificación también pueden existir responsabilidades penales. Las conductas activas u omisivas que vengan tipificadas en el Código Penal como delito o falta constituirán ilícitos penales siempre que se lleven a cabo con dolo o imprudencia<sup>64</sup> y podrán ser castigados con penas de prisión, inhabilitación absoluta o especial, suspensión de empleo o cargo público, multa (basada en el sistema de días-multa por el que el Juez o Tribunal impone el pago de una cuota diaria), etc.

Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta está también obligada a indemnizar los daños y perjuicios causados con su actuación en los términos de los artículos 1092 del Código Civil y 109 a 122 C.P. Para hacer efectiva esta responsabilidad civil, el perjudicado podrá optar por acudir a la jurisdicción penal o a la civil.

Los artículos 319 y 320 C.P., que han sido revisados por la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, recogen los delitos sobre ordenación del territorio, que intentan garantizar el respeto a los artículos 45 y 47 C.E.

La redacción del artículo 319 C.P. viene a decir lo siguiente:

- «1. Se impondrán las penas de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.
2. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido por el delito fuese superior a la cantidad resultante en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio, e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables en el suelo no urbanizable.
3. En cualquier caso, los jueces o tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. En todo caso se dispondrá el comiso de las ga-

---

<sup>64</sup> El dolo implica la voluntariedad y consciencia de querer llevar a cabo la actuación antijurídica que viene castigada por el Código Penal, es decir conlleva el deseo voluntario de causar el resultado dañoso. En cambio, en la imprudencia tal deseo no existe, pero se infringe un deber objetivo de cuidado (que consiste en un comportamiento esperado socialmente y definido atendiendo a un conjunto de reglas de experiencia que expresan la forma de comportamiento adecuado a adoptar en cada caso por personas de inteligencia y prudencia normales) con el que se habría impedido un daño que era previsible. Es decir, el agente descuida las precauciones que le permitirían impedir consecuencias nocivas previsible y evitables, por lo que acaba involuntariamente causando el daño. En ambos casos es necesario que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión dolosa o imprudente del sujeto y el resultado dañoso producido.

nancias provenientes del delito cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

4. [...] ».

Por su parte el artículo 320 C.P. regula el delito de prevaricación urbanística por el que se castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de reparcelación, construcción o edificación, o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, con pena de prisión de un año y seis meses a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de siete a diez años. Con la misma pena se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión conociendo su injusticia. Esta regulación se completó con la reforma del régimen del silencio administrativo en materia de licencias operada por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, que impuso la regla del silencio negativo. En los términos del art. 9.8 TRLS, los funcionarios o autoridades habrán de pronunciarse expresamente para que pueda llevarse a cabo una actuación edificatoria de nueva planta sujeta a licencia (antes, cuando la falta de resolución en plazo implicaba la concesión de la licencia, para permitir actuaciones ilegales a éstos les bastaba dejar transcurrir los plazos del procedimiento sin resolver y, por tanto, no adaptaban ninguna resolución expresa a sabiendas).

Asimismo, los artículos 321 a 324 C.P. regulan los delitos sobre el patrimonio histórico, bastante habituales en nuestros días, ya que algunos promotores y constructores intentan edificar a toda costa, llegando incluso a ocultar restos o yacimientos arqueológicos. Dando cumplimiento al artículo 46 C.E., el artículo 321 castiga con pena de seis meses a tres años de prisión, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años a los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental. Cuando, a sabiendas de su injusticia, una autoridad o funcionario público haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos, éste será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses, junto con la de inhabilitación especial para cargo o empleo público por tiempo de siete a diez años. Las mismas penas recaerán sobre la autoridad o funcionario público que, por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado, haya resuelto votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. También aquí los tribunales impondrán las pertinentes indemnizaciones a terceros perjudicados de buena fe y ordenarán la restauración o reconstrucción de la obra. Los que causen daños en bienes de valor histórico, artístico, cultural, monumental o en yacimientos arqueológicos serán castigados con pena de uno a tres años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses (art. 323 C.P.). Si el daño se causa por imprudencia grave el artículo 324 C.P. rebaja la pena a multa de tres a dieciocho meses.

Los artículos 352 y siguientes del Código Penal regulan los delitos relacionados con los incendios forestales, que se han provocado en múltiples ocasiones para edificar sobre la su-

perficie arrasada. Sin embargo, conviene destacar como, junto a las sanciones previstas por estos artículos y sin perjuicio de lo dispuesto en algunas leyes urbanísticas autonómicas y en la Ley del Suelo estatal (arts. 16.2 LSCAM y Disp. Adicional Sexta TRLS, que se remite al art. 50 de la Ley de Montes), el art. 355 C. P. permite al Juez o Tribunal acordar que la calificación del suelo en estas zonas no pueda modificarse en un plazo de treinta años.

## 8. Bibliografía

ARANA GARCÍA, Estanislao (Coord.); *Conceptos para el estudio del Derecho Urbanístico y Ambiental en el Grado*. Tecnos. Madrid, 2013.

BAÑO LEÓN, José María; *Derecho urbanístico común*. Iustel. Madrid, 2009.

BASSOLS COMA, Martín; *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español (1812-1956)*. Montecorvo. Madrid, 1973.

CUYÁS PALAZÓN, María Mercedes; *Urbanismo Ambiental y Evaluación Estratégica*. Atelier. Barcelona, 2007.

DESDENTADO DAROCA, Eva; *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. 2ª Edición. Aranzadi. Navarra, 1999.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón; *Manual de Derecho Urbanístico*. 23ª Edición. Civitas – Thomson Reuters. Navarra, 2014.

FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael; *Evaluación Ambiental Estratégica*. En *Estudios de Derecho Judicial (Medio Ambiente Urbano)*. Núm. 82. 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO ALFONSO, Luciano; *Lecciones de Derecho Urbanístico*. 2ª Edición. Civitas. Madrid, 1981.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando; *Introducción al Derecho Urbanístico*. 4ª Edición. Marcial Pons. Madrid, 2013.

LOZANO CUTANDA, Blanca; SÁNCHEZ LAMELAS, Ana y PERNÁS GARCÍA, Juan José; *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada*. La Ley. Madrid, 2012.

MARTÍN REBOLLO, Luis y BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (Dirs.); *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. 2ª Edición. Aranzadi, Navarra, 2011.

MELÓN MUÑOZ, (Dir.); *Memento Práctico Urbanismo 2013*. Francis Lefebvre. Madrid, 2013.

OLMO ALONSO, Jesús del (Coord.); *El Derecho Urbanístico del Siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Martín Bassols Coma*. Tres volúmenes. Tomo I Urbanismo y Vivien-

da. Tomo II. *Ordenación del Territorio y Urbanismo*. Tomo III. *Urbanismo y Estado de las Autonomías*. Reus. Madrid, 2008.

OLMO ALONSO, Jesús del; *Aspectos jurídicos de la edificación*. Montecorvo. Madrid, 2002.

- Urbanismo y Medio Ambiente en España: panorama actual. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 244. 2008. Págs. 103 a 107.

- Incidencia medioambiental sobre las competencias urbanísticas, en especial, en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 22. 2010. Págs. 255 a 330.

PAREJO ALFONSO, Luciano; *La ordenación urbanística. El periodo 1956-1975*. Montecorvo. Madrid, 1979.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Coord.); *El Derecho Urbanístico estatal y autonómico*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Dir.); *Derecho Urbanístico. Guía teórico-práctica*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.

SÁNCHEZ GOYANES, Enrique (Dir.); *Ley de Suelo. Comentario sistemático al Texto Refundido de 2008*. La Ley. Madrid, 2009.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel; *Derecho Administrativo. Parte General*. 9ª Edición. Tecnos. Madrid, 2013.

SANTOS DÍEZ, Ricardo y CASTELAO RODRÍGUEZ, Julio; *Derecho Urbanístico. Manual para juristas y técnicos*. 12ª Edición. El Consultor. Madrid, 2012.

VIGNOLO CUEVA, Orlando; *Discrecionalidad y arbitrariedad administrativa*. Palestra. Lima, 2012.

V

**FUNCIÓN PÚBLICA MUNICIPAL**



# ¿EXISTEN PARTICULARIDADES O ELEMENTOS DE DIFERENCIACIÓN EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS MUNICIPALES?

Por *JOAN MANUEL TRAYTER* \*  
*MARTA LLORENS FERRER* \*\*

## SUMARIO

I. Planteamiento. II. La aplicación de los principios generales del derecho sancionador al derecho disciplinario. III. Infracciones. IV. Sanciones. V. Prescripción de infracciones y sanciones. VI. El procedimiento administrativo disciplinario. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

## I. PLANTEAMIENTO

El incumplimiento de las obligaciones de los funcionarios de la Administración Pública, genera normalmente algún tipo de responsabilidad, ya sea de carácter penal —cuando la falta cometida se tipifica como delito o falta por el Código Penal—; patrimonial —cuando la infracción cometida causa un daño económicamente evaluable a terceras personas diferentes de la Administración—; o disciplinaria —que se sanciona a nivel interno por la Administración a través de un procedimiento administrativo que debe tener las garantías adecuadas—.

De este modo, esta última responsabilidad se genera por la comisión de infracciones de naturaleza administrativa, que se originan con el incumplimiento de los deberes propios de los funcionarios y es exigida por la propia Administración a la que el empleado está adscrito mediante un procedimiento administrativo que culmina con un acto administrativo.

A continuación, en este capítulo estudiaremos la potestad disciplinaria de la Administración, sus principios, tipos de infracciones y sanciones y el procedimiento administrativo disciplinario, con detenimiento en aquellas cuestiones que pueden afectar al empleo público municipal y constituir especialidades municipales dentro del género del derecho administrativo disciplinario.

## II. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SANCIONADOR AL DERECHO DISCIPLINARIO

La potestad disciplinaria es una manifestación de la posición de supremacía especial de la Administración respecto de sus funcionarios,<sup>1</sup> hecho que plantea algunas dudas res-

---

\* Catedrático de la Universidad de Girona.

\*\* Investigadora de la Universidad de Girona.

<sup>1</sup> Respecto de la propia existencia de la potestad disciplinaria de la Administración, se trata de una potestad admitida implícitamente por el art. 25.1 de la Constitución Española, homólogo al art. 2.24.d) de la



pecto de las relaciones de esta ramificación del Derecho con otras ramas, como es el derecho penal o administrativo sancionador. Así, la responsabilidad disciplinaria se encuentra en la esfera de los poderes exorbitantes de la Administración, que permiten que pueda imponer sanciones sin tener que recurrir a la actuación de un juez, que tiene como ámbito de actuación la sanción de conductas delictivas, pero no de aquellas descritas como ilícitos administrativos.<sup>2</sup>

Por ello, previamente al estudio de los principios generales del derecho disciplinario, resulta imprescindible puntualizar sus relaciones con el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, pues de ellas se deduce que ambos tienen un denominador común: son tres ramas del *ius puniendi* del Estado, y de esta característica se deduce que todos ellos comparten un mismo fundamento, que consiste en que, con carácter general, se les aplican los mismos principios generales, extraídos, básicamente, de la dogmática penal.

---

Constitución Política de Perú. Dicha potestad ha sido consolidada en España por el Tribunal Constitucional al cuestionarse sobre la existencia misma del principio de autotutela, consistente en la posibilidad de que los actos administrativos, incluidas las sanciones, puedan ejecutarse por la Administración sin necesidad de acudir al juez. Vid. STC 22/1984, de 17 de febrero: «La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye el monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia “con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”».

<sup>2</sup> Parece interesante citar el comentario sobre la evolución histórica del reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración que realiza Hinojosa Martínez, E.: «Régimen y procedimiento disciplinario» en Cobo Olvera, T.; Vera Torrecillas, R.J. (DIR): *Empleo Público Local. Prontuario para la selección, organización y gestión de personal de las Entidades Locales*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2012, p. 780: «Desde la perspectiva constitucional el problema del reconocimiento mismo de la potestad sancionadora de la Administración, no aceptada pacíficamente por la generalidad de la doctrina ni encajada plenamente en los postulados vigentes en el resto de los países del entorno, quedó resuelto en nuestro país desde un principio al amparo de la imprecisa diferenciación entre órganos judiciales y administrativos. Los alcaldes también eran jueces, de modo que tras la Revolución Francesa, en su doble condición, se les mantuvo la posibilidad de sancionar tanto faltas penales como administrativas. A esta dualidad en la cualidad del órgano, se añade la duplicidad de legislaciones que la autoridad local estaba llamada a aplicar, ya que, efectivamente, durante todo el Siglo XIX se superponen dos sectores del ordenamiento, el penal y el administrativo sancionador, que simultáneamente tipifican las mismas infracciones. La pugna competencial a la que inevitablemente conduce la situación se salda (Real Decreto de 18 de mayo de 1852) con el reconocimiento en favor de las autoridades gubernativas (Alcaldes y Jefes políticos) de la competencia para el conocimiento de todas las infracciones no sancionadas con pena de privación de libertad, independientemente de que estuvieran tipificadas o no en reglamentos administrativos. En un segundo periodo evolutivo, centrado en la dictadura del General Primo de Rivera, la potestad sancionadora se extendió en un principio desde las autoridades provinciales y locales a las centrales y se expandió finalmente desde el orden público hacia otros sectores de intervención administrativa especial. Hoy, sin embargo, este reconocimiento tiene su guía conductora en la contemplación constitucional de aquella potestad de castigo del Estado, en la que se incluye la dirigida a sancionar los incumplimientos del estatuto funcional, ámbito en el que [...] han de aplicarse las garantías a que constitucionalmente viene sujeta aquella potestad».

Para ser más concretos, los principios generales del derecho penal son de aplicación al derecho administrativo sancionador, y, además, los principios generales del derecho sancionador se aplican al régimen disciplinario de los empleados públicos, siempre con algunos matices derivados de la peculiaridad y de las finalidades específicas de este último, tal y como a continuación detallaremos.

Es cierto, sin embargo, que el derecho disciplinario flexibiliza, en ocasiones, ciertas garantías del derecho penal. La razón es que el empleado público, al incorporarse a la Administración, acepta unas reglas que le vinculan de manera más fuerte con el Estado que al resto de los ciudadanos.

Por ello, la infracción de esas reglas dará lugar a unas sanciones que solo se aplican al empleado público. La Administración vela, con el ejercicio de la potestad disciplinaria, por el buen funcionamiento de la Administración en sus relaciones con los ciudadanos. Por ello, esa potestad (inherente, por lo demás, a cualquier institución jerarquizada) flexibiliza algunos de los principios que son de observancia plena para el resto de ciudadanos. Así, por ejemplo, como veremos, en ocasiones se permite la doble sanción, penal y disciplinaria, por la comisión de un único hecho, pues los bienes jurídicos protegidos por uno y otro ordenamiento (penal y disciplinario) a veces (no siempre) difieren: el penal, vigila el buen orden social; y el disciplinario, el buen orden de la Administración como institución. Lo que ocurre, es que esas diferencias no se dan siempre, y habrá que ir caso por caso.

### **1. El principio de legalidad a través de la predeterminación normativa de faltas y sanciones**

El art. 2.24 de la Constitución Política del Perú establece como derecho fundamental de la persona, el derecho a la libertad y a la seguridad personales, y, en consecuencia, dispone en su apartado d) que «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». Este punto de partida es también aplicable al derecho disciplinario como especificidad del derecho administrativo sancionador.

En aplicación del principio de legalidad, el ejercicio de la potestad disciplinaria requiere de la existencia previa de una norma que identifique las conductas sancionables y sus correspondientes sanciones. En consecuencia, el incumplimiento de una obligación por un empleado público no es suficiente para sancionarle, sino que resulta necesario que una norma recoja tal incumplimiento como infracción disciplinaria, y le atribuya una sanción.

Además, debe respetarse la exigencia de una ley previa, que tendrá como máxima expresión la prohibición de retroactividad de las leyes sancionadoras desfavorables, es decir, que castiguen nuevos ilícitos o agraven su pena.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Vid. Trayter Jiménez, J. M.: *El dret disciplinari de la funció pública*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1992, p. 108: se perfila el de legalidad como un macroprincipio con múltiple

Sin embargo, en relación con esta garantía de que las infracciones y sanciones sean recogidas por una norma con rango de Ley, si bien es indiscutible para el derecho penal y sancionador, lo cierto es que se produce una admisión de una reserva de ley relativa en el ámbito disciplinario, que se ve un poco flexibilizada. En este sentido, en las situaciones de supremacía especial (como la de los funcionarios como trabajadores de la Administración), el administrado asume un grado mayor de dependencia respecto de la Administración, al insertarse en el núcleo de su organización, lo cual contribuye a que la misma pueda actuar de forma más expeditiva, y no respete muchas de las formalidades que debe respetar en su actuación exterior. De ahí el diferente fundamento de la reserva de ley en estos casos, «ya que cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica de manera que (su destinatario) puede disponer de información suficiente sobre las normas jurídicas aplicables a un determinado caso, y puede prever razonablemente las consecuencias que se pueden derivar de una conducta determinada».<sup>4</sup>

Así, se permite que las normas reglamentarias complementen la regulación dispuesta en las leyes, sobre la base de lo que se considera que las sanciones disciplinarias, no son fruto del *ius puniendi* del Estado, sino más bien la manifestación de la capacidad propia de autodeterminación.<sup>5</sup> Ello no significa la admisión de reglamentos disciplinarios independientes, sino que todos deben estar subordinados a una ley sancionadora con un contenido material determinado.

Es así como el ordenamiento positivo disciplinario peruano contempla una serie de infracciones en el artículo 28 de la Ley de Bases de Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo 276) y también unas categorías de sancio-

---

contenido. En primer lugar, es una garantía criminal que exige predeterminación normativa de la infracción y de la sanción; en segundo lugar, exige una ley escrita y estricta (*lex stricta*) que distinga claramente el ilícito a sancionar, de modo que se excluya la analogía cuando perjudique el reo (*analogia in malam partem*); en tercer lugar, requiere una ley previa (*lex praevia*) que impida la retroactividad de leyes desfavorables, y; en cuarto lugar, excluye la posibilidad de una doble sanción por la comisión de un mismo hecho (*non bis in idem*), principio sobre el cual dedicaremos un apartado específico (la misma obra en español: *Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1992).

<sup>4</sup> Vid. STC 2/1987, de 21 de enero, F.J.2. Además, sobre el principio a la predeterminación normativa en las relaciones de especial sujeción, y en concreto, sobre la posibilidad de modular la reserva de Ley, vid. STS de 10 de junio de 2003 (Ar. 5655): «Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de “especial sujeción”, “de poder especial”, o simplemente “especiales”. Lo importante ahora es afirmar que la categoría “relación especial de sujeción” no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos. Entre los derechos modulables en una relación administrativa especial se cuenta el derecho a la legalidad sancionadora del artículo 25.1 de la Constitución. Y aunque este precepto no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas constitucionales sí se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales».

<sup>5</sup> Vid. STC 42/1987, de 7 de abril; STC 69/1989, de 20 de abril; STC 219/1989, de 21 de diciembre; o STC 135/2010, de 2 de diciembre.

nes en su artículo 26, pero, sin embargo, no es dicha Ley sino el Reglamento de la Carrera Administrativa (Decreto Supremo 005-90-PCM) y el Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública (Decreto Supremo 033-2005-PCM) que regulan la graduación y la aplicación de las sanciones correspondientes.

## 2. El principio de tipicidad

El principio de tipicidad, como subprincipio del principio de legalidad,<sup>6</sup> obliga al titular del poder legislativo —y, según hemos dicho, también el del reglamentario—, a regular las infracciones de forma que el conjunto de las normas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza (*lex certa*), el tipo y grado de sanción, sin que quepa definir las conductas ilícitas a partir de términos demasiado amplios que induzcan a una absoluta indefinición.

En otras palabras, se requiere que las normas sancionadoras garanticen razonablemente una predicción de las consecuencias jurídicas de la conducta, como consecuencia directa del principio de seguridad jurídica, a pesar que esta exigencia de *lex certa*, igual que en derecho penal o sancionador, es materialmente imposible precisar de forma definitiva cada una de las conductas infractoras.

Por el contrario, las normas sancionadoras deben recoger una predicción razonable de las consecuencias jurídicas atribuibles a una conducta,<sup>7</sup> motivo por el cual resulta muy frecuente la utilización de conceptos jurídicos indeterminados, la remisión a otras normas, la enumeración de deberes genéricos, o el empleo de fórmulas de cierre. En definitiva, a pesar de que el tipo sancionador aplicable se describa mediante conceptos jurídicos indeterminados o las técnicas descritas, el principio de tipicidad exige que cualquier resolución sancionadora se fundamente en motivos por los que se considere que la conducta sancionada se incardina en un tipo sancionador de aplicación.

## 3. La aplicación de las leyes en blanco en el derecho disciplinario

Las leyes en blanco, que se definen como aquellas que no contienen todos los elementos de la conducta ilícita y su correspondiente sanción, sino que se remiten a reglamentos u

---

<sup>6</sup> Vid. Lorenzo de Membiela, J.B.: «La tipicidad en el procedimiento disciplinario de los funcionarios públicos», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, 2007, p. 461: De acuerdo con el autor, el principio de legalidad es diferente del principio de tipicidad que, a pesar de que son inseparables responden a necesidades distintas. A tal efecto, cita la STS 26 de junio de 2011 (Ar. 5740): «La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera sancionable, siendo, en definitiva, medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica». Y en este sentido, añade que «la tipicidad es sistemática, además, con el art. 9.3 CE, de seguridad jurídica, en su vertiente subjetiva que refiere a la previsibilidad de la norma, la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente». Y en relación con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, afirma que «el principio de tipicidad representa la garantía material del principio de legalidad, frente al principio de reserva de ley, que es la garantía formal».

<sup>7</sup> Vid. Nieto García, A.: *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid, 2005, p. 36.

otras normas inferiores o del mismo rango, o a otros preceptos dentro de una misma norma para concretar el tipo, no son contrarias al principio de tipicidad aplicable al derecho disciplinario. De hecho, es regla general en el derecho disciplinario peruano la definición de principios abiertos cuya infracción da lugar a sanción administrativa.

Ahora bien, para que no incurran en un abuso, es necesario que los extremos no concretados por la ley sean complementarios, secundarios o de detalle, para no malmeter el principio de seguridad jurídica, debiendo ser descrito por la norma el núcleo del comportamiento ilícito y su castigo, así como los criterios básicos a tener en cuenta para incriminar.

#### **4. Los límites a las cláusulas abiertas**

Las cláusulas abiertas o deontológicas, consistentes en normas sujetas a la interpretación jurisprudencial, también se permiten en derecho disciplinario, y, de hecho, el ordenamiento está repleto de expresiones indeterminadas («actúa con rectitud, honradez y honestidad»; «los actos de inmoralidad»; etc.) que requieren que sea la propia Administración en aplicación ellas, o el juez, quienes las llenen de contenido.

La solución a la que llega el Tribunal Constitucional español en su STC 62/1982, de 15 de octubre, haciendo referencia al art. 25.1 de la Constitución Española (homólogo al art. 2.24.d) de la Constitución Política de Perú, es el siguiente: «Es cierto que el principio de tipicidad al que responde el precepto está íntimamente conectado con el de seguridad jurídica y es cierto también que el legislador, para conseguir la finalidad protectora que persigue el Derecho penal, tiene que hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición del tipo». Y añade: «Pero de aquí no se deduce que el principio de legalidad se infrinja en los supuestos en que la definición del tipo utiliza conceptos la delimitación de los cuales permita un margen de apreciación, sobre todo en aquellos supuestos en que estos conceptos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en que se insiere nuestra Constitución [...] y en los supuestos en que la concreción de estos bienes es dinámica y evolutiva y puede ser diferente según el tiempo y el país de que se trate, sin perjuicio que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, se tiene que tener en cuenta en valorar la culpabilidad y la determinación de la pena por parte del Tribunal».

Lo cierto es que estos conceptos deontológicos, que no técnicos, son de difícil juridificación (la probidad o falta de ella, el decoro, la rectitud en el obrar), por lo que resulta deseable su reducción al mínimo, y que las normas disciplinarias no utilicen este tipo de conceptos para determinar cuándo una conducta está, o no, prohibida por la norma. Su empleo, puede dar lugar a una volatilización de las garantías y derechos del empleado público.

#### **5. El principio non bis in idem y el problema de la concurrencia de sanciones administrativas y penales**

De acuerdo con el art. 19 de la Ley Marco del Empleo Público (Ley 28175), «los empleados públicos son responsables civil, penal o administrativamente por el incumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público».

El principio *non bis in idem* entra en juego cuando, ante una determinada situación, el ordenamiento jurídico aporta diferentes soluciones y aisladas, provenientes de disciplinas distintas que confluyen a la vez, olvidando la posible regulación contraria que se puede haber producido en el seno de la otra.

Este principio es una de las manifestaciones del principio de legalidad en materia sancionadora, que proporciona las respuestas doctrinales y jurisprudenciales aportadas cuando un funcionario comete una acción tipificada como ilícito penal y administrativo a la vez.<sup>8</sup> En este sentido, se trata de un principio básico del derecho sancionador, así como también del derecho disciplinario, con los matices que a continuación se explican.

El principio *non bis in idem* consiste, materialmente, en que no puede imponerse más de una sanción por un mismo hecho, siempre que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento.<sup>9</sup> Es decir, cuando un mismo hecho es constitutivo de dos o más infracciones (penales o administrativas), y susceptible de dos sanciones distintas con el mismo fundamento, supuesto que en derecho penal o sancionador implicaría la aplicación del principio *non bis in idem*, materia disciplinaria no es siempre aplicable.

Así lo recoge el art. 5.3.11 de la Resolución de Contraloría 333-2011-CG sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa, que establece que

No se puede imponer sucesiva o simultáneamente dos o más sanciones administrativas, cuando se aprecie identidad de hechos, persona y fundamento. Asimismo, tampoco es posible procesar dos veces por un mismo hecho, a la misma persona y por el mismo fundamento.

El procesamiento y sanción de la responsabilidad administrativa funcional es independiente de la responsabilidad civil que pudiera establecerse por los mismos hechos y respecto a la misma persona, en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes.

En efecto, en ocasiones se entiende que la represión de conductas delictivas tiene una finalidad distinta que el mantenimiento de un buen funcionamiento de los servicios públicos y de la Administración protegido por el derecho disciplinario, argumento con el cual, la

---

<sup>8</sup> El Tribunal Constitucional español entiende que el principio *non bis in idem* queda integrado en el principio de legalidad penal y sancionadora tipificado en el art. 25.1 CE (vid. STC 2/1981, de 30 de enero; STC 2/2003, de 16 de enero; o STC 188/2005, de 7 de julio).

<sup>9</sup> Para mayor profundidad en el estudio de este principio, vid. Sendín García, M.: «Una garantía básica del derecho disciplinario: el principio *non bis in idem*» en Domínguez Berrueta de Juan, M. y Jiménez Franco, E.: *Los empleados públicos. Estudios*, Ed. Dykinson, Salamanca, 2006, *in totum*; Marina Jalvo, B.: «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio “*non bis in Idem*”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, *in totum*; Noguera de la Muela, B.: «Aplicación del principio *non bis in Idem* al régimen disciplinario de los funcionarios públicos», en *la Ley*, 1991-3, *in totum*; o Quintana López, T.: «El principio *non bis in Idem* y la responsabilidad administrativa de los funcionarios», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986, *in totum*.

generalidad de autores excluye la aplicación de dicho principio en el ámbito de la potestad disciplinaria de la Administración respecto de la jurisdicción penal, y admite la dualidad de castigos tomando como base la relación de supremacía especial que une el funcionario con la Administración, y la consiguiente compatibilidad entre sanción disciplinaria y pena.<sup>10</sup>

Así pues, el incumplimiento de los deberes de los funcionarios, a pesar de que en la mayoría de los casos se dará la identidad entre sujeto, objeto y fundamento necesaria para la aplicación del principio *non bis in idem*, lo cierto es que puede dar lugar a un delito castigado por el Código Penal, además de una infracción disciplinaria, lo que ha dado lugar a no pocas críticas doctrinales.<sup>11</sup> Ahora bien, solo cabe esta doble sanción cuando el bien jurídico protegido por el tipo penal y por la norma disciplinaria sea distinto, es decir, cuando no exista identidad de fundamento entre ambas manifestaciones del *ius puniendi*.

En estos casos, se hace latente otra manifestación del principio *non bis in idem* como un principio procesal, en virtud del cual un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos diferentes, de modo que se impide la dualidad de procedimientos, así como iniciar un nuevo proceso en cada orden que de por resultado la existencia de dos sentencias sobre el mismo objeto.<sup>12</sup>

En último lugar, por aplicación del principio *non bis in idem* se impide que la Administración pueda sancionar un mismo hecho con dos faltas diferentes, debiendo optar por una sola calificación de entre las posibles, la que se considere más adecuada a la naturaleza de los hechos.

<sup>10</sup> En coherencia con lo expuesto, el art. 94.1 EBEP dispone que «las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones».

<sup>11</sup> Por ejemplo, vid. CÁMARA DEL PORTILLO, D.: *Régimen disciplinario de los empleados públicos*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2008, p. 95: «Este afán por reproducir en la legislación administrativa como faltas disciplinarias de los funcionarios delitos tipificados en el Código Penal carece [...] actualmente de toda justificación, una vez reconocido en nuestro Derecho administrativo disciplinario el principio *non bis in Idem* en sus aspectos material y procesal, y es fuente de problemas y dificultades de interpretación y aplicación, que podrían ser fácilmente evitados si las normas administrativas sobre régimen disciplinario se limitasen a sancionar las infracciones menos graves de los empleados públicos no previstas en el Código Penal, reservando el castigo de las conductas de mayor gravedad a esta última esfera punitiva».

<sup>12</sup> Así, la finalización de un proceso en un orden judicial concreto, producirá el efecto negativo de cosa juzgada material.

<sup>En</sup> España, por aplicación del art. 94.3 EBEP, «cuando de la instrucción de un procedimiento disciplinario resulte la existencia de indicios fundados de criminalidad, se suspenderá su tramitación poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal», reanudándose el procedimiento sancionador una vez recaída resolución judicial. Y, además, en estos casos, sigue diciendo el precepto citado: «Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración».

<sup>En</sup> este sentido, si la sentencia es absolutoria y declara la inexistencia de los hechos, la Administración no podrá sancionar; y en cambio, si la sentencia declara la existencia de los hechos, pero el procedimiento penal culmina por otras causas que no incluyen su condena, no se excluye la posibilidad de una ulterior sanción administrativa instando el correspondiente procedimiento disciplinario.

Además, el principio *non bis in idem* tiene una vertiente procesal según la cual se articulan una serie de reglas ante la autoridad judicial penal y la Administración pública para evitar que unos mismos hechos sean tenidos como probados por una autoridad del Estado y negados por otra, reproduciendo así la denominada por García de Enterría, doctrina de las dos verdades. Los hechos son únicos y, por tanto, «el milagro» no tiene cabida en el derecho administrativo. Así, acogiendo esta vertiente procesal del principio *non bis in idem*, el Tribunal Constitucional español, en Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, declaró que cuando un mismo hecho pueda ser constitutivo de una infracción disciplinaria y penal, a sus consiguientes procesos y procedimientos, se aplican las siguientes reglas, a saber:

a) Existe una prioridad de la jurisdicción penal sobre la autoridad administrativa y una sumisión de esta sobre lo que declare probado la primera.

b) Por ello el procedimiento disciplinario, en el caso que se siga por los mismos hechos un proceso penal, deberá paralizarse hasta la resolución de este último.

c) Lo declarado probado por la autoridad judicial vincula a la Administración pública en el siguiente sentido: Si se declara que los hechos no han existido o bien que el inculpado no ha participado en los mismos, ello no puede ser contradicho por la Administración disciplinaria, so pena de contrariar el principio de referencia. Otra cosa es que al final pueda sancionarse dos veces al funcionario (penal y disciplinariamente) si los bienes jurídicos protegidos por ambos ordenamientos son distintos.

## 6. El principio de culpabilidad

La exigencia de culpabilidad en la conducta sancionable también es aplicable a las infracciones administrativas.<sup>13</sup> Ahora bien, mientras que en el derecho penal requiere una cualificación (dolo, culpa o negligencia), en el ámbito disciplinario es menos exigible en la medida en que el funcionario tiene un deber de diligencia que no le permite excusar la comisión de una falta en la ignorancia o en una mera inadvertencia. En este sentido, la intencionalidad o la voluntad de causar un daño no son necesarias para generar responsabilidad disciplinaria, sino que se trata de una circunstancia agravante para graduar sanciones.

Sin embargo, tampoco nos encontramos en un ámbito donde exista la responsabilidad objetiva, porque se exige conexión del acto sancionado con la concurrencia del elemento subjetivo, es decir, algún grado de culpa, negligencia o dolo. En cualquier caso, la falta de intención puede tomarse como atenuante, y un error invencible incluso podría excluir la responsabilidad.

## III. INFRACCIONES

La tipificación de las infracciones en el ordenamiento jurídico peruano se realiza en el art. 28 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo 276).

---

<sup>13</sup> Así lo expresa la STC 246/1991, de 19 de diciembre.



El régimen disciplinario regulado en Perú no contempla una tipificación escalada en función de los grados de infracción, dejando en manos de la autoridad competente o de la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios la calificación de la gravedad de la falta, que debe enunciar los criterios utilizados para dicha calificación por escrito. Los criterios que permiten a dichas autoridades evaluar la naturaleza de la falta y su graduación, se establecen en el art. 151 del Reglamento de la Carrera Administrativa (Decreto Supremo 05-90-PCM), y son los siguientes: circunstancia en que se comete, la forma de comisión, la concurrencia de varias faltas, la participación de uno o más servidores en la comisión de la falta, y los efectos que produce la falta.

Sin embargo, en España la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, «EBEP») contiene una tipificación detallada de la graduación de las sanciones. En efecto, el art. 95.2 EBEP recoge las infracciones muy graves, y deja el resto de faltas —graves y leves—, a lo establecido en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado y la regulación autonómica, o, en el caso del personal laboral, al convenio colectivo.

A continuación se tratarán, de forma ordenada por grupos, cada una de las infracciones descritas en el ordenamiento jurídico peruano, con su equivalencia de tratamiento en Derecho administrativo español:

## **1. Infracciones del deber de respeto al ordenamiento jurídico**

### **a. El incumplimiento de las normas establecidas en la Ley de Bases y su Reglamento (art. 28.a)**

Esta infracción debe entenderse en un sentido amplio, es decir, que debe comprender todo incumplimiento a cualquier norma. A pesar de que en un Estado de Derecho el respeto al ordenamiento constituye un deber general de cualquier ciudadano, la vinculación de la acción administrativa al principio de legalidad es de mayor intensidad, de modo que se exige el cumplimiento de estos deberes a los funcionarios bajo sanción penal o administrativa.

En cualquier caso, este deber genérico de respeto al ordenamiento, que engloba el de acatar la Constitución, constituye, además, un requisito previo al ingreso en los cuerpos de funcionario a través del juramento, promesa o manifestación expresa de guardar fidelidad a la Constitución.<sup>14</sup>

Además, debe tenerse en cuenta que la infracción solo es sancionable si se somete en el ejercicio de la función pública, no fuera de servicio.

---

<sup>14</sup> Tal y como establece la STC101/1983, de 18 de noviembre, la exigencia de este requisito supone la exteriorización formal de un deber que deriva directamente de la Constitución, que vincula a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos.

Por último, en España este deber de acatamiento del ordenamiento se traduce en dos infracciones concretas, tipificadas como muy graves: (i) el incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y a los respectivos Estatutos de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, en el ejercicio de la función pública (art. 95.2.a) EBEP); y (ii) las infracciones que atentan contra los derechos fundamentales, dentro de las cuales se encuentran la obstaculización al ejercicio de libertades públicas y derechos sindicales (art. 95.2.k) EBEP) y la realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga (art. 95.2.l) EBEP).

#### **b. Los actos de inmoralidad (art. 28.j)**

La inmoralidad es un concepto jurídico indeterminado, que aconseja ser concretado para otorgar mayores garantías a una rama del derecho que precisa de los máximos niveles de seguridad jurídica, evitando así que se ponga en marcha la potestad disciplinaria para, en realidad, solucionar rencillas personales o de otro tipo que nada tienen que ver con el interés público. Así, por ejemplo, en España se eliminó toda referencia a la antigua «falta de probidad», y en cambio, ha habido lugar a la calificación de una serie de conductas tipificadas como muy graves, que tienen un contenido más preciso.

En este sentido, el art. 95.2.d) EBEP ha tipificado la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen grave perjuicio a la Administración o a los ciudadanos como infracción muy grave.<sup>15</sup> La aplicación de esta falta requiere (i) la adopción de un acuerdo, informe, acta, documento o decisión de forma unipersonal o colegiada, que no necesariamente debe ser un acto administrativo; (ii) que sea contrario a la ley; y (iii) que produzca un daño grave a la Administración o a terceros, que debe probar la Administración, pues en caso contrario la infracción debe considerarse grave.

A pesar de ello, lo cierto es que el propio ordenamiento peruano puede proporcionar las pautas necesarias para acotar el sentido de la inmoralidad. En tal sentido, nos parece oportuno identificar los «actos de inmoralidad» con las prohibiciones éticas de la función pública que quedan recogidas en el art. 8 de la Ley del Código Ético de la Función Pública, que son las siguientes:

##### **a) Mantener intereses de conflicto**

Se prohíbe «mantener relaciones o aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo». Se trata, por lo tanto, de los incumplimientos tipificados en la propia Ley de Incompatibilidades y Responsabilidades del Personal del Empleo Público (Ley 27588), que, a su vez, contempla un régimen sancionador propio en sus arts. 17 y siguientes.

---

<sup>15</sup> Esta conducta puede coincidir con el delito de prevaricación tipificado en los arts. 404 y 405 del Código Penal español, que castiga al funcionario que dicte resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia.

## b) Obtener ventajas indebidas

Esta conducta consiste en «obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia».

En definitiva, se trata de comportamientos que supongan un preavalecimiento de la condición de empleado público. En España, se trata de la equiparable infracción tipificada como muy grave en el art. 95.2.j) EBEP consistente en «la prevalencia de la condición de empleado público para obtener un beneficio indebido para sí o para otro».<sup>16</sup>

Sin embargo, debe decirse que la conducta descrita en el Código Ético de la Función Pública peruano, entra en conflicto con otras infracciones tipificadas por el ordenamiento, que, dado que son equiparables, se convierten en preferibles por su mayor concreción. Nos referimos a las infracciones previstas en el art. 28.f) de la Ley de Carrera Administrativa («la utilización o disposición de los bienes de la entidad en beneficio propio o de terceros»), así como en el art. 28.h) de la misma norma («el abuso de autoridad, la prevaricación o el uso de la función con fines de lucro»).

## c) Realizar actividades de proselitismo político

La prohibición de «realizar actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea en favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos» es una conducta que entra en el deber genérico de imparcialidad de la actuación y neutralidad política.

En este campo, en España se castiga solamente un tipo muy acotado, consistente en la violación de la neutralidad política de la función pública, utilizando las facultades atribuidas para influir en procesos electorales (art. 95.2.h) EBEP). El tipo requiere que exista un proceso electoral en el cual el funcionario interfiere de cualquier forma para influir en la voluntad de los electores prevaliéndose de su condición.<sup>17</sup>

## d) Hacer mal uso de la información privilegiada

Este tipo consiste en «participar en transacciones u operaciones financieras utilizando información privilegiada de la entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por su condición o ejercicio del cargo que desempeña, ni debe permitir uso impropio de dicha información para el beneficio de algún interés».

En España, sin embargo, se contempla un régimen más exhaustivo, más amplio, que contempla dos infracciones muy graves diferentes:

—Por un lado, existe la violación del deber de simple sigilo, que de acuerdo con el art. 95.2.e) EBEP se entiende como «la publicación o utilización indebida de la documenta-

<sup>16</sup> Debe tenerse en cuenta que se trata de una infracción subsidiaria al delito de cohecho.

<sup>17</sup> También puede dar lugar a delito electoral, definido en el art. 146 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de julio, del Régimen Electoral General como solicitar el voto, descubrirlo o dificultar los actos del procedimiento electoral, pudiendo asimismo producirse la doble sanción.

ción o información a que tengan o hayan tenido acceso por razón de su cargo o función». Se sanciona de esta forma, más que el deber de secreto —que ya tiene un tipo específico—, el incumplimiento del deber de reserva o discreción, pues los funcionarios no solo deben guardar secreto sobre aquellas materias clasificadas como secreto oficial, sino también de otras que no pueden difundirse legalmente —como datos personales—, así como sobre los asuntos que conozcan por razón de su cargo.

—Por otro lado, también se tipifica la negligencia en la custodia de secretos oficiales (art. 95.2.f) EBEP), que, de conformidad con el art. 95.2.f) EBEP, consiste en «la negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido».<sup>18</sup>

e) Presionar, amenazar y/o acosar

«Ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros servidores públicos o subordinados que puedan afectar la dignidad de la persona o inducir a la realización de acciones dolosas» constituye el núcleo esencial de esta conducta. De hecho, este tipo coincide parcialmente en la parte del acoso sexual, con la conducta tipificada en el art. 28.1) Ley de Carrera Administrativa, que considera una infracción «el incurrir en actos de hostigamiento sexual, conforme a la ley sobre la materia».

De este modo, la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual (Ley 27942) regula la materia, considerando en su art. 4 como hostigamiento sexual típico o chantaje sexual «la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual o sexista no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, así como sus derechos fundamentales». Asimismo, entiende como hostigamiento sexual ambiental, «la conducta física o verbal reiterada de carácter sexual o sexista de una o más personas hacia otras con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad».

En España, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, comprende dos conceptos legales independientes: el de acoso sexual y

---

<sup>18</sup> Este tipo coincide sustancialmente con el contenido del art. 417 del Código Penal español, cuyo literal, mucho más amplio, dispone: «1. La autoridad o funcionario que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para terceros, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años».

Se trata de un delito de mera actividad, que se consume por la mera divulgación de secretos o informaciones confidenciales. Pero el quebrantamiento del deber de secreto solamente ocasionará delito y abandonará el ámbito de las infracciones administrativas cuando el daño generado al servicio público o a un tercero sea de cierta relevancia.

el de acoso por razón de sexo. Acoso por razón de sexo es «cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Por su parte, acoso sexual lo constituye «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». De hecho, se trata de un concepto ya heredado del Código Penal, que de un modo menos amplio lo definía como la solicitud de favores de naturaleza sexual, para el autor o para tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, que provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. En la Recomendación comunitaria de 27 de noviembre de 1991, se establecen, además, tres requisitos: (i) que la conducta sea indeseada, irrazonable y ofensiva para la víctima; (ii) que con ella se genere un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la víctima; y (iii) que el comportamiento pueda ser contrario al principio de igualdad de trato.<sup>19</sup>

## 2. Infracciones que atentan contra el deber de servicio

### a. La negligencia en el desempeño de las funciones (art. 28.d)

Esta infracción consiste en la falta de rendimiento y dejación de funciones. En España, en este género se engloban diversas faltas que pueden ser leves, graves o muy graves. En el extremo de las muy graves se encuentra el tipo descrito en el art. 95.2.g) EBEP como «notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas».

### b. Perturbación del servicio público (art. 28.e)

El art. 28.e) contempla como infracción «el impedir el funcionamiento del servicio público», muy similar al que establece en España el art. 7.n) RD 33/1986, que define como falta grave «la perturbación del servicio». Se trata de un tipo que supone la existencia de una perjuicios a los usuarios del servicio, sin que llegue a la cesación o interrupción total del servicio.

### c. Embriaguez (art. 28.g)

El art. 28.g) establece otro tipo relacionado con la perturbación del servicio, consistente en «la concurrencia reiterada al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes y, aunque no sea reiterada, cuando por la naturaleza del servicio revista excepcional gravedad».

### d. Causación de daños (art. 28.i)

«El causar intencionalmente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de esta» constituyen una conducta infractora.

<sup>19</sup> Por otra parte, debe tomarse en consideración que alguna conducta discriminatoria puede constituir infracción penal y solaparse parcialmente con las tipificadas en Código Penal (arts. 314, 511 y 512), pudiéndose dar una doble sanción administrativa y penal, pues los bienes jurídicos protegidos son diferentes: en materia penal se protege la libertad sexual de la persona acosada y en el ámbito administrativo el deber de “probidad” del funcionario.

### **e. Incumplimientos relativos al tiempo de la prestación de trabajo (art. 28.k)**

El art. 28.k) tipifica como infracción «las ausencias injustificadas por más de tres días consecutivos o por más de cinco días no consecutivos en un periodo de treinta días calendario o más de quince días no consecutivos en un periodo de ciento ochenta días calendario».

En realidad, por tratarse de una materia que podría ser mucho más amplia y dejar más margen para la apreciación de faltas y su graduación en función del número y gravedad de las faltas, parece una tipificación demasiado encorsetada, que no permite hacer modulaciones. Además, implica que si todas las faltas relacionadas con ausencias o retrasos en el trabajo son estas, la normativa es demasiado laxa y poco contundente, porque supone que no se puedan sancionar incumplimientos por debajo de estos niveles de incumplimientos, pero que, sin embargo, siguen siendo incumplimientos y deberían sancionarse.

En España, en cambio, existe un abanico de infracciones desde leves hasta muy graves, todas relativas a incumplimientos relacionados con la ausencia ilegítima del puesto de trabajo, de manera que solamente el abandono de servicio constituye una infracción grave y las faltas de puntualidad o la ausencia injustificada pueden integrar infracciones leves o, como mucho, graves.

En este sentido, el art. 95.2.c) EBEP tipifica como falta muy grave de los funcionarios «el abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas». Para la existencia de la infracción debe concurrir un periodo de ausencia prolongado del puesto de trabajo, de modo que la dejación implique una ruptura total de la relación de servicios, de carácter definitivo y de forma injustificada.

Sin embargo, otros incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo o faltas de asistencia se tipifican como graves en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado: (i) incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que suponga un mínimo acumulado de 10 horas al mes; (ii) la tercera falta injustificada de asistencia en un periodo de tres meses, cuando las dos anteriores hayan sido objeto de sanción por falta leve. En cambio, otras conductas son tipificadas de faltas leves por la norma citada: (iii) el incumplimiento injustificado del horario de trabajo, cuando no suponga falta grave; o (iv) la falta de asistencia injustificada de un día o dos al mes. Por otra parte, (v) el abuso de las bajas temporales, o absentismo laboral solo se califica de falta grave o leve en algunas normas autonómicas. Por último, (vi) la evasión de los sistemas de control de asistencia constituyen una falta grave.

## **3. Faltas contra los deberes de obediencia y colaboración**

### **a. Desobediencia (art. 28.b)**

«La reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores» es la conducta tipificada como infractora. De forma muy similar en España, el art. 95.2.i) EBEP, «la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior» constituye falta muy grave, «salvo que constituya infracción manifiesta del or-

denamiento jurídico», caso en el cual el deber de obediencia se convierte en el deber de denunciar la orden o instrucción<sup>20</sup>.

La orden<sup>21</sup> debe ser clara y determinante, dirigida adecuadamente<sup>22</sup> por el superior al inferior en ejercicio de sus competencias y, por otra parte, frente a la orden impuesta, el inferior debe adoptar una actitud injustificada de oposición a su cumplimiento, con desconocimiento directo de la autoridad ejercida por el superior.

#### **b. Vulneración del deber de respeto y corrección en el trato (art. 28.c)**

El art. 28.c) tipifica como infracción «el incurrir en acto de violencia, grave indisciplina o faltamiento de palabra en agravio de su superior del personal jerárquico y de los compañeros de labor».

Sin embargo, las conductas irrespetuosas con superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos, pueden integrar diversas infracciones de diferente gravedad. El ordenamiento español contempla una casuística más diversificada, y, de acuerdo con los arts. 7 y 8 del RD 33/1986:

Constituye falta grave la grave desconsideración con los superiores, compañeros y subordinados (art. 7.e). También resulta una falta grave la desconsideración con los ciudadanos (art. 7.o). Constituyen desconsideración otras conductas más graves, en las que concurre una clara intención de menospreciar y desconocer el debido respeto, o bien una agresión física leve.

Por último, supone una falta leve la incorrección con un superior, compañero, subordinado o ciudadano (art. 8.c). La incorrección puede ser causada por cualquier actitud grosera, insolente o descarada.

#### **c. Cláusula final de remisión (art. 28.m)**

Por último, el catálogo de infracciones se cierra con una habilitación para la tipificación de conductas infractoras por Ley.

### **4. Sanciones**

#### **a. Clasificación**

La Ley de Bases de la Carrera Administrativa en su art. 26 y el Reglamento de dicha Ley en su art. 155 prescriben las siguientes sanciones:<sup>23</sup>

<sup>20</sup> En efecto, la exigibilidad del deber de obediencia desaparece cuando la orden sea antijurídica, e incurra en manifiesta infracción del ordenamiento jurídico, supuesto en el cual resulta necesario denunciar la orden. Fuera de estos casos, no cabe cuestionar la oportunidad y contenido de la orden, sino por los medios adecuados y siempre con el deber de cumplirla.

<sup>21</sup> Entendemos por orden un mandato dirigido por un superior al funcionario para que lleve a cabo una actuación concreta, no integrando parte de una orden los meros recordatorios de la obligatoriedad de cumplimiento de normas o deberes generales, que son sancionables conforme a sus reglas específicas.

<sup>22</sup> Por forma adecuada debe entenderse cualquier instrumento de manifestación de la voluntad que permita al destinatario el conocimiento cierto de la orden con la suficiente concreción y claridad.

<sup>23</sup> Debe tenerse en cuenta que el sistema español tipifica dos clases de sanciones más: (i) el traslado

a) Amonestación verbal o escrita (art. 156 Reglamento)

La amonestación verbal la efectúa el jefe inmediato en forma personal y reservada. Para el caso de amonestación escrita la sanción se oficializa por resolución del Jefe de Personal. No proceden más de dos amonestaciones escritas en caso de reincidencia.

b) Suspensión sin goce de remuneraciones hasta por 30 días (art. 157 Reglamento)

El número exacto de días de suspensión, que tiene que ser de un máximo de 30 días, será propuesto por el jefe inmediato y deberá contar con la aprobación del superior jerárquico de este. Sin embargo, la sanción deberá oficializarse por resolución del Jefe de Personal.

De este modo, cualquier cese temporal o suspensión de hasta 30 días, se encuentra eximida de aplicación del proceso administrativo disciplinario típico, y puede imponerse con este procedimiento más abreviado.

c) Cese temporal sin goce de remuneraciones mayor a 30 días y hasta por 12 meses (art. 158 Reglamento)

Para la imposición de este tipo de sanción debe aplicarse previamente el proceso administrativo disciplinario.

El número de meses de cese debe proponerlo la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios, siendo un máximo de 12 meses.<sup>24</sup>

d) Destitución (art. 159 Reglamento)

Esta sanción también requiere la aplicación previa del proceso administrativo disciplinario. Debe remitirse al INAP una copia de la resolución de destitución, para que sea anotada en el Registro Nacional de Funcionarios y Servidores Públicos.

De acuerdo con el art. 30 de la Ley de Carrera Administrativa, «el servidor destituido no podrá reingresar al servicio público durante el término de cinco años mínimo».<sup>25</sup> Debe decirse que el sistema español es en este aspecto más contundente, pues, por aplicación del art. 56.1 EBEP la separación del servicio de los funcionarios tiene carácter definitivo, pues configura como uno de los requisitos generales para participar en los procesos selectivos «no haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de

---

forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el periodo que se establezca en cada caso; (ii) demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria.

<sup>24</sup> Téngase en cuenta que en España el periodo máximo de suspensión firme de funciones es mucho mayor, pudiendo llegar hasta los 6 años.

<sup>25</sup> Llama la atención que el art. 159 del Reglamento establezca un plazo menor de inhabilitación: «El funcionario destituido queda inhabilitado para desempeñar funciones en la Administración Pública bajo cualquier forma o modalidad, en un periodo mínimo de 3 años». Sin embargo, estimamos que el plazo más gravoso y establecido por la Ley de Bases de Carrera Administrativa es el que prevalece.



las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado».

Sin embargo, no se produce un efecto tan drástico en el caso de los funcionarios condenados judicialmente a las penas de inhabilitación absoluta o especial, ya que dichas penas conllevan la pérdida del puesto de trabajo únicamente «durante el tiempo de condena», por aplicación del Código Penal. En Perú, en cambio, este régimen queda matizado por el art. 161 del Reglamento de la Carrera Administrativa, que establece

la condena penal consentida y ejecutoriada privativa de la libertad, por delito doloso acarrea destitución automática (*con aplicación de la limitación temporal establecida de 5 años para el reingreso*). En el caso de condena penal, la Comisión de Procesos Administrativos Disciplinarios evalúa si el servidor puede seguir prestando servicios, siempre y cuando el delito no esté relacionado con las funciones asignadas ni afecte a la Administración Pública. (Las cursivas son nuestras).

## b. Graduación de sanciones

De acuerdo con el art. 27 de la Ley de Carrera Administrativa, «los grados de sanción corresponden a la magnitud de las faltas, según su menor o mayor gravedad; sin embargo, su aplicación no será necesariamente correlativa ni automática, debiendo contemplarse en cada caso, no solo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor, constituyendo la reincidencia serio agravante». Y añade: «Los descuentos por tardanzas e inasistencia no tienen naturaleza disciplinaria, por lo que no eximen de la aplicación de la debida sanción». Además, incluye otro criterio finalmente: «Una falta será tanto más grave cuanto más elevado sea el nivel del servidor que la ha cometido».

Así, de acuerdo con este precepto, también el art. 154 del Reglamento de la Carrera Administrativa sintetiza y recoge los siguientes elementos para considerar la gravedad de la falta y la aplicación de su correlativa sanción: la reincidencia o reiterancia del autor o autores, el nivel de carrera y la situación jerárquica del autor.

Al no existir un criterio legal que permita discernir entre tipos de faltas, la graduación de sanciones en Perú adquiere un papel muy relevante en materia de derecho disciplinario, pues recae ante la autoridad sancionadora toda la responsabilidad en la aplicación de sanciones y la valoración de las infracciones, con una amplitud relativamente extensa.

En cambio, en el sistema español, se realiza una tipificación total de las infracciones y sanciones con su graduación, y se formula una regla de proporcionalidad dirigida al aplicador de la norma, que debe tener en cuenta para ello todos los elementos objetivos y subjetivos que permitan valorar la entidad del resultado lesivo y apreciar la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

A cada infracción, clasificada, recordemos, entre leves, graves o muy graves, se le asocia una sanción concreta, de modo que las leves pueden castigarse con apercibimiento o deducción de retribuciones; las graves con suspensión de funciones por menos de 3 años o traslado con cambio de residencia; y las muy graves con separación del servicio, suspensión de funciones de 3 a 6 años o traslado con cambio de residencia.

De este modo, se consigue un régimen de sanciones más atinado, con menos margen de apreciación por los órganos sancionadores que deben aplicar las normas, evitando así mayor disparidad de criterios y sanciones ante infracciones similares.

En cualquier caso, también pueden servir de criterio en Perú las reglas de graduación de sanciones establecidas en el art. 9 del Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, que atribuye a las infracciones que sean calificadas como leves por las autoridades las sanciones de amonestación, suspensión o multa, y en cambio, asocia a las consideradas graves la sanción de resolución contractual, destitución, despido o multa. Además, el art. 10 de la misma norma recoge otros principios para la aplicación de sanciones, que son:

- El perjuicio ocasionado a los administrados o a la administración pública
- Afectación a los procedimientos
- Naturaleza de las funciones desempeñadas así como el cargo y jerarquía del infractor
- Beneficio obtenido por el infractor
- Reincidencia o reiterancia

## 5. Prescripción de infracciones y sanciones

La responsabilidad disciplinaria se extingue legalmente cuando la Administración no ejerce su potestad disciplinaria para sancionar las conductas ilícitas cometidas por sus funcionarios durante cierto periodo de tiempo, el transcurso del cual produce la prescripción.<sup>26</sup>

De conformidad con el art. 173 del Reglamento de la Carrera Administrativa, las faltas disciplinarias prescriben al año de la toma de conocimiento de su comisión por la autoridad competente, lo que significa que el proceso administrativo disciplinario deberá iniciarse en un plazo de un año contado a partir del momento en que la autoridad competente tenga conocimiento de la falta disciplinaria. Sin embargo, se trata de un sistema uni-

---

<sup>26</sup> En palabras de Ivars Ruiz, J. y Manzana Laguarda, R.S.: Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos. Comentarios, doctrina y jurisprudencia Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 187: «La prescripción es una causa de extinción de la responsabilidad disciplinaria, y descansa básicamente en el principio de seguridad jurídica; su fundamento no se encuentra, por tanto, en la subjetiva intención o voluntad del órgano administrativo de abdicar o renunciar, siquiera implícitamente, al ejercicio de su derecho a sancionar, sino en la objetiva inactividad del mismo. La prescripción marca un equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y las de la justicia material, debiendo esta última ceder en ocasiones para permitir un adecuado desarrollo de las relaciones jurídicas, desenvolvimiento que, en el ámbito del Derecho penal, se completa y acentúa en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. Constituye, no obstante, una institución de naturaleza material y no procesal».

formista que no tiene en cuenta la diversidad de infracciones y sanciones, en coherencia con la falta de concreción y graduación por el sistema legal peruano.

Por el contrario, en España, de acuerdo con el art. 97 EBEP, «las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año. El plazo de prescripción comenzará a contarse desde que la falta se hubiere cometido, y desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas. El de las sanciones, desde la firmeza de la resolución sancionadora».

La prescripción se interrumpe por la iniciación del procedimiento, solamente si esta se pone en conocimiento del interesado, ya que los plenos efectos jurídicos de los actos administrativos referidos al ciudadano no son eficaces hasta su notificación al ciudadano.

## 6. El procedimiento administrativo disciplinario

El procedimiento disciplinario tiene un carácter eminentemente garantista para el funcionario procesado,<sup>27</sup> de modo que debe ofrecer al inculcado posibilidades de defensa, y debe aplicarse a cualquier tipo de infracción, salvo las más leves. De este modo, resulta de aplicación el procedimiento administrativo disciplinario cuando la gravedad de la falta pudiera ser causal de cese temporal o destitución (art. 163 Ley de Carrera Administrativa).

Sin embargo, el sistema de garantías aplicable al régimen disciplinario en el empleo público no solo hace referencia a los derechos de cada funcionario, sino que debe velar por el cumplimiento efectivo de los deberes de la función pública y el respeto a los servicios públicos, asegurando también el cumplimiento de los principios de eficacia, celeridad y economía procesal.

Por ello, de acuerdo con el art. 164 de la Ley de Carrera Administrativa, el proceso administrativo disciplinario se caracteriza por ser escrito y sumario, en coherencia con el objetivo de equilibrio con las finalidades de interés público y servicio a las que responde.

Por otra parte, debe partirse de la base que el procedimiento disciplinario se compone de una fase de instrucción y una fase de resolución, y que ambas se distinguen por tener como responsables personas diferentes, de modo que el instructor sea siempre una persona distinta a quien resuelve, para garantizar, de ese modo, el derecho a un «juez» imparcial,<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Vid. Sánchez Morón, M.: *Derecho de la función pública*, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2008, p. 322: «La exigencia de procedimiento, siquiera sea mínimo, es una garantía tanto del acierto en la decisión como de los derechos de defensa y presunción de inocencia del inculcado, que son derechos constitucionales de aplicación general a los procedimientos sancionadores públicos, inclusive los disciplinarios».

<sup>28</sup> Este derecho ha sido objeto de numerosas interpretaciones por el Tribunal Constitucional español (vid. STC 5/2004, de 16 de enero; STC 11/2000, de 17 de enero), así como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (vid. STEDH de 26 de octubre de 1984, Caso De Cubber contra Bélgica; o STEDH de 20 de diciembre de 2007, Caso Nikolov contra Macedonia). De la doctrina jurisprudencial citada cabe decir que la imparcialidad judicial (art. 6.1 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y

derivado de la llamada doctrina «sobre la contaminación inquisitiva relativa al juez instructor respecto al decisor».<sup>29</sup>

En este sentido, al instructor le corresponde la práctica de la prueba, y ante la apreciación de una presunta conducta ilícita, también deberá formular el pliego de cargos y, posteriormente, una vez oído al funcionario a través del descargo, la formulación de la propuesta de resolución.

#### a. Resolución de inicio

Sin perjuicio que exista una etapa previa de investigación, que culminará con la calificación por la Comisión de Procesos Administrativos, el procedimiento se iniciará por resolución del titular de la entidad o del funcionario que tenga la autoridad delegada para tal efecto (art. 167 Ley de Carrera Administrativa)<sup>30</sup>.

De este modo, el procedimiento disciplinario se inicia siempre de oficio, de modo que no puede entenderse iniciado el procedimiento hasta la incoación del expediente por el órgano competente.

Debe decirse que la iniciación puede darse por iniciativa propia del órgano competente, pero también se admite la denuncia por aplicación del art. 15 del Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, que distingue entre la obligación de denunciar cualquier infracción por parte de los empleados, y la posibilidad de hacerlo por cualquier otra persona.<sup>31</sup> Sin embargo, hay que insistir que la denuncia no puede dar lugar

---

las Libertades Fundamentales; art. 24.2 Constitución Española), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías, constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, y con una trascendencia especial en el ámbito penal —consecuentemente, también en el sancionador y disciplinario—.

Por otra parte, este principio implica la posibilidad de la recusación del Juez o Magistrado cuya imparcialidad se duda, como un remedio procesal útil para evitar la lesión del derecho a un juez imparcial. De acuerdo con la STC 39/2004, de 22 de marzo, la finalidad de la recusación debe garantizar al presunto infractor que no concurre ninguna duda razonable para la existencia de prejuicios o prevenciones para el juez (y esta norma, por lo que respecta al ámbito disciplinario, afecta tanto en la persona designada para la instrucción como por parte del órgano resolutor). Desde una perspectiva objetiva, pueden producirse dichos prejuicios por haber tenido contacto previo con el *tema decidendi*, pero lo determinante y decisivo es que las razones para dudar de la imparcialidad deben estar objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto.

Téngase en cuenta también, que aparte de la abstención y recusación, de acuerdo con CASTILLO BLANCO, F.: *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Ed. Civitas, Madrid, 1992, la imparcialidad del instructor en los procedimientos disciplinarios debería comportar también la necesidad de que el mismo sea personal funcionario (excluido el eventual), y que el mismo desempeñe sus funciones en una unidad ajena al servicio en el cual supuestamente se comete la infracción por el inculpaado.

<sup>29</sup> Vid. Lorenzo de Membrilla, J.B.: *Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*, 2ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 521.

<sup>30</sup> Dicha resolución no podrá ser objeto de impugnación, ya que únicamente oficializa el inicio del proceso bajo la presunción objetiva de la comisión de falta disciplinaria, que puede ser desvirtuada por el procesado en virtud de otras pruebas y cualquier medio de defensa.

<sup>31</sup> Vid. Sánchez Morón, M.: *Derecho de la función pública*, *op.cit.*, p. 310. El autor distingue entre la denuncia

a considerar que el procedimiento se inicia a instancia de parte, pues se trata de un simple acto de información y estimulación del ejercicio de funciones públicas.

La consecuencia fundamental del carácter informativo de la denuncia es que el denunciante no asume la condición de interesado en el procedimiento disciplinario por el mero hecho de presentar una denuncia. A pesar de que la denuncia no vincula al órgano competente a iniciar el procedimiento, sí debe comportar la realización de la investigación necesaria para averiguar si corresponde incoar un expediente disciplinario o no.

En cualquier caso, existe la obligación de publicar en el Diario Oficial *El Peruano* y notificar la resolución al funcionario procesado en un plazo de 72 horas a partir del día siguiente de la expedición de la resolución o acto administrativo de inicio, el cual contiene el pliego de cargos,<sup>32</sup> elemento esencial como manifestación del principio inquisitivo que preside el derecho disciplinario.

---

como simple acto de información o excitación de potestades de oficio, con la petición de quien tenga reconocida la competencia y que tiene la capacidad de incoar el expediente. Como apunta, el denunciante no adquiere la condición de interesado *per se*.

<sup>32</sup> Vid. Badiola González, M.: «La aplicación modulada al procedimiento administrativo de las garantías del proceso penal», en *El acto y el procedimiento*, CDJ, CGPJ, 1992, 215-42: De acuerdo con el autor, el pliego de cargos es el trámite que materializa el principio acusatorio en la órbita administrativa, que ocupa un lugar clave en el conjunto del procedimiento.

En la misma línea, vid. HINOJOSA MARTÍNEZ, E.: «Régimen y procedimiento disciplinario» *op.cit.*, p. 852: «La necesidad del pliego de cargos engarza con el derecho a conocer la acusación reconocido por el art. 24.2 CE, que matizadamente extiende también su aplicación al procedimiento administrativo sancionador. Por ello, como ha afirmado el Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de septiembre de 2005 —casación 7668/1999—, con cita de la de 20 de enero de 1987), el trámite en cuestión es esencial, no susceptible de subsanación, infringiéndose manifiestamente lo establecido en los arts. 24 y 25 de la Constitución cuando el sancionado ignora la acusación formulada contra él, y al mismo tiempo queda privado de cualquier posibilidad de defensa. De todas formas, también debe tenerse en cuenta que el conocimiento de la imputación por parte del sancionado se ultima en el procedimiento sancionador a través de la propuesta de resolución (STC 29/1989 y STS de 30 de marzo de 1989), momento decisivo en el expediente sancionador que abre la última vía de defensa a la que tiene derecho el expedientado frente a los hechos que se dan por probados y frente a su calificación, lo que desde luego no supone descartar la existencia del pliego sí puede servir para depurar los defectos o insuficiencias que pueda contener, ello siempre teniendo en cuenta la finalidad última de la garantía del conocimiento de la imputación y de la defensa del imputado en el procedimiento administrativo sancionador, que se persigue con el pliego de cargos y que, naturalmente, ofrece la medida en que tales exigencias procedimentales deben adquirir relevancia sobre la validez del acto administrativo, que en consecuencia, no tendrá lugar cuando la irregularidad no se corresponda con una efectiva y real indefensión. Por ello, la trascendencia de cualquier irregularidad en este sentido habrá de merdirse por la verdadera ausencia de conocimiento de la acusación dirigida contra el imputado, concretada en un preciso pronunciamiento administrativo, y por la consiguiente afección real que con ello se causa a su derecho a conocer la acusación y, en fin, al ámbito de su efectiva defensa».

Por último, vid. Fernández Ramos, S.: «El procedimiento administrativo disciplinario de los funcionarios públicos», en *Anales de la Universidad de Cádiz*, núm. 11, 1996, pág. 297: según define el autor, el pliego de cargos tiene el efecto de delimitar y fijar la materia a que se contrae la investigación procedimental y que acotará el ámbito de las declaraciones de hechos probados en la resolución sancionadora. Sigue: «la Administración queda vinculada a los hechos imputados en el pliego de cargos, de modo que incurrirá en incongruencia si sanciona por hechos distintos de los imputados en el pliego, pues en tal caso se produciría una clara indefensión [...]. Por el contrario, nada impide que el pliego de cargos pueda contener hechos que no figuren en el acuerdo de incoación, toda vez que la acción acusatoria se ejerce precisamente en el pliego de cargos y tal circunstancia no merma los derechos de defensa del inculcado».

## b. Medidas cautelares

La resolución de apertura del proceso puede fijar las medidas cautelares que motivadamente considere adecuadas, es decir, unas medidas provisionales que se dirijan a esclarecer los hechos, que pueden consistir, fundamentalmente, en la suspensión provisional del funcionario.

En este sentido, de conformidad con el art. 172 de la Ley de Carrera Administrativa, durante el tiempo que dura el proceso administrativo disciplinario el funcionario podrá ser separado de su función y puesto a disposición de la Oficina de Personal para realizar trabajos que le sean asignados de acuerdo con su nivel de carrera y especialidad. Sin embargo, mientras pende la resolución del proceso administrativo disciplinario, el funcionario tiene derecho a percibir sus remuneraciones, pero no puede hacer uso de sus vacaciones, licencias por motivos particulares mayores a cinco días, o a presentar renuncia.<sup>33</sup>

La suspensión provisional de funciones se caracteriza por la supresión temporal del conjunto de derechos y obligaciones que integran la relación funcional, aunque se sustenta en una finalidad meramente preventiva, ordenada a la resolución final del procedimiento.

Resulta prudente apuntar que la adopción de medidas provisionales exige justificar el cumplimiento del principio de proporcionalidad.<sup>34</sup> En España, se regula con carácter general que las medidas cautelares tienen un límite en los posibles perjuicios irreparables o en la posible violación de otros derechos amparados por las leyes.

Por lo que respecta al alcance de la medida provisional de suspensión de empleo, a pesar de que se trata de un mero acto de trámite, la jurisprudencia española ha admitido su impugnación separada, en cuanto se establece en el ordenamiento español que se admite la impugnación de los actos que decidan directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Además, la medida cautelar de suspensión de funciones no puede alargarse en el tiempo más de lo estrictamente necesario para producir los efectos que les son propios, es

---

<sup>33</sup> Según expone la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de octubre de 2004, la suspensión cautelar de funciones no se funda en la existencia de una infracción, que lógicamente se presume posible en cualquier expediente, sino que la motivación de la imposición de la medida debe basarse en la necesidad de facilitar la buena marcha del procedimiento o conseguir la eficacia de la resolución que pudiera recaer.

<sup>34</sup> Vid. STS de 18 de febrero de 1997 (recurso núm. 46/1993), o STS de 27 de mayo de 1990 (recurso núm. 5073/1990). Esta última dispone que «la adopción de medidas cautelares en un procedimiento sancionador no vulnera derechos constitucionales, siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se establezcan por resolución fundada en derecho y se basen en un principio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, pues una medida cautelar desproporcionada e irrazonable no sería propiamente cautelar y tendría carácter punitivo en cuanto al exceso».

También debe tenerse en cuenta la jurisprudencia constitucional española sobre esta cuestión, entre la que cabe destacar la STC 31/1981, de 28 de julio; la STC 66/1984, de 6 de junio; o la STC 22/1985, de 15 de febrero.

decir, para evitar el posible perjuicio al servicio público que puede generar la actuación del funcionario que presuntamente cometió una infracción.<sup>35</sup>

Por último, debe tenerse en consideración que en la resolución que ponga fin al procedimiento, deberán hacerse las declaraciones y pronunciamientos pertinentes acerca de las medidas provisionales, tanto si la resolución aprecia responsabilidad disciplinaria como si no.<sup>36</sup>

### c. Descargo

Como hemos dicho, con la notificación de la resolución de inicio, debe incorporarse el pliego de cargos, que indica los hechos que dan lugar a la iniciación del procedimiento. Así, el primer e ineludible medio de defensa con el que cuenta el procesado es con la posibilidad de presentar por escrito el descargo que considere conveniente, aportando los hechos, fundamentos de derecho y pruebas pertinentes para desvirtuar los cargos o reconocer su legalidad.<sup>37</sup>

De acuerdo con el art. 169 del Reglamento de la Ley de Carrera, el funcionario dispone de 5 días desde la notificación de la resolución de inicio para efectuar este escrito de descargo, pudiéndose prorrogar este término por 5 días más a petición del interesado si excepcionalmente existe causa justificada.

<sup>35</sup> Vid. STSJ Andalucía de 13 de junio de 2008: «Parece razonable que la Administración se cuestione su confianza en el servidor público al saberlo presunto autor de delitos de tan incuestionable gravedad y en consideración a su función y es cierto que la norma ampara su decisión, cuyas consecuencias afronta. Sin embargo, si esa medida de suspensión de empleo, acordada en febrero de 2002, aún perdura, debe entenderse que el funcionario lleva más de seis años en la misma, lo que no parece amparar el espíritu del precepto indicado, debiendo considerarse desproporcionada en el tiempo, habida cuenta de que el principio constitucional de presunción de inocencia ampara al ciudadano mientras no sea condenado por sentencia firme y la tardanza incomprensible en la sustanciación del proceso penal no puede eternizar una situación, cuya regulación parte de su consideración de provisionalidad».

<sup>36</sup> En caso que el órgano resolutorio no aprecie ningún tipo de responsabilidad, y, por el contrario, se hubieran acordado medidas disciplinarias, la resolución debe pronunciarse sobre las cantidades retenidas, la recuperación del puesto de trabajo, y el restablecimiento de todos los derechos a la condición de funcionario originaria. Vid. Palomar Olmeda, A.: *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 10ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 495.

Por otro lado, vid. STS de 8 de febrero de 1980 (Ar. 362): «La medida cautelar de suspensión administrativa preventiva, adoptada como aneja a un procedimiento disciplinario, aquí en su fase de incoación, no reviste el carácter de acto de mero trámite, dado que en sí misma es susceptible de producir efectos jurídicos inmediatos en relación con el funcionario encartado, siquiera tales efectos se condicionen a la resolución definitiva que recaiga en el expediente disciplinario».

<sup>37</sup> Este trámite es un símil del derecho de información del imputado sobre la acusación. Vid. STS de 1 de junio de 1972 (Ar. 2329): «La audiencia de los interesados en un procedimiento administrativo es un trámite esencial susceptible de ser cumplido en diversas formas o momentos de acuerdo con las características o finalidades de la actividad administrativa, que, en todo caso, su omisión merece la conceptualización legal de vicio grave de procedimiento, causante de nulidad si la misma genera indefensión [...] en el caso de autos no se da tal situación dado que el trámite esencial del pliego de cargos fue cumplido por la Administración y contestado por el expediente».

Además, una vez vencido el plazo mencionado para presentar el descargo, previamente al pronunciamiento de la Comisión, se dará audiencia al funcionario investigado si él solicita fecha y hora para el uso de su derecho a presentar un informe oral, que podrá efectuar personalmente o por medio de un apoderado (art. 171 Reglamento de la Ley de Carrera).

Sin embargo, una vez superado este periodo de alegaciones, en España el Instructor puede abrir un periodo de prueba si así lo estima oportuno, para practicar las pruebas que considera pertinentes. En este caso, una vez practicada la prueba, se da vista del expediente al interesado para que alegue lo que estime pertinente a su defensa y aporte cuantos documentos considere de interés.

#### **d. Propuesta de resolución**

Seguidamente, de acuerdo con el art. 170 del Reglamento de la Ley de Carrera, la Comisión Permanente de Procesos Disciplinarios hará las investigaciones del caso, solicitará los informes respectivos, examinará las pruebas que se presenten y elevará un informe al titular de la entidad,<sup>38</sup> recomendando las sanciones que sean de aplicación (aunque corresponde al titular de la entidad determinarlas).

Así, la propuesta es el acto administrativo que contiene la decisión final del Instructor sobre la responsabilidad que se imputa al funcionario, en la que fija los hechos, motivará la denegación de pruebas propuestas por el inculpado, y valorará jurídicamente los hechos con la determinación de la falta que se estime cometida, junto con la sanción a imponer.

Debe decirse que la propuesta de resolución, a resultas de la instrucción del procedimiento, puede haberse modificado respecto del pliego de cargos por el desarrollo del propio procedimiento disciplinario, siempre y cuando sea congruente con el mismo.<sup>39</sup>

A diferencia que en Perú, en España se notifica al interesado toda propuesta de resolución, a efectos que pueda presentar de nuevo sus alegaciones antes de ser trasladado al órgano resolutorio.

#### **e. Terminación**

##### **a) Resolución sancionadora**

El titular es responsable de emitir la resolución respectiva en un plazo que no exceda de 30 días hábiles.<sup>40</sup> La resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario habrá de ser mo-

---

<sup>38</sup> El informe deberá estar debidamente motivado en cuanto a señalar los fundamentos de hecho y de derecho en que se amparen sus conclusiones y recomendaciones, así como las circunstancias calificativas que sustenten las sanciones que a juicio de la comisión deben aplicarse.

<sup>39</sup> Por ejemplo, de acuerdo con la STS de 15 de diciembre de 1997 (Ar. 6736), es un motivo de nulidad del expediente disciplinario el hecho de que la propuesta de resolución modifique o altere los hechos imputados y las sanciones, como consecuencia de la aplicación del principio acusatorio y el principio de defensa en el ámbito disciplinario, que exigen que el fallo sea congruente con la acusación, es decir, que la propuesta de resolución y el pliego sean correlativos.

<sup>40</sup> En España el plazo general se reduce a 10 días, aunque se refiere al tiempo que debe mediar entre la finalización de los trámites del procedimiento disciplinario y la resolución por el órgano competente.



tivada y en ella no se podrán aceptar hechos distintos de los que sirvieron de base al pliego de cargos y a la propuesta de resolución, sin perjuicio de su distinta valoración jurídica.<sup>41</sup>

La resolución del titular deberá resolver con la mayor precisión sobre todas las cuestiones planteadas, de modo que permitirá definir la situación del procesado, y en el supuesto que este resulte inimputable, se le deberá declarar exento de toda responsabilidad administrativa y repuesto en el cargo que venía desempeñando, en el caso de habersele impuesto algún tipo de medida cautelar suspensiva de funciones.

#### b) Caducidad

Por el transcurso de 30 días sin resolverse el procedimiento a partir de su inicio, el mismo se considerará caducado. Se trata de una medida garantista, que es bueno que opere en el procedimiento disciplinario, con fundamento en la seguridad jurídica y para proteger al funcionario ante dilaciones indebidas.

La caducidad es una institución nacida para salvaguardar la seguridad jurídica, constituyendo el espacio temporal disponible para que la Administración termine un procedimiento sancionador. Se configura como una garantía que imposibilita que el expediente pueda estar indefinidamente pendiente de resolución.

Por otra parte, aunque se produzca la caducidad de un procedimiento disciplinario, la Administración no queda exonerada del deber de resolver, en este caso, mediante una declaración de caducidad.

La caducidad se identifica con la superación del plazo legalmente establecido para su resolución que viene determinado en relación con su iniciación, no con la paralización del procedimiento, pues mientras no se inicia el procedimiento disciplinario no se puede hablar propiamente de su resolución en un determinado plazo.

Sin embargo, la apreciación de la caducidad del expediente disciplinario no impide que se ejerza nuevamente la acción de esta naturaleza en nuevo procedimiento, salvo que la infracción disciplinaria hubiere prescrito en el momento de la incoación.

## VII. CONCLUSIONES

El régimen disciplinario de los funcionarios peruanos es común para todos los empleados públicos, ya sean estatales como municipales. No se desprenden especialidades municipales dentro del régimen ordinario, pues a los funcionarios locales se les aplican los mismos principios de derecho administrativo disciplinario que al resto de funcionarios, y, además,

---

<sup>41</sup> Ello es así por la estrecha vinculación entre el derecho a ser informado de la acusación y la no modificación esencial de los hechos imputados, de tal forma que existen sentencias que han anulado las sanciones recaídas sobre hechos distintos a los del pliego de cargos, como por ejemplo, la STSJ País Vasco núm. 379/2000, de 13 de abril.

están sometidos al mismo catálogo de infracciones y sanciones, así como al mismo procedimiento que garantiza que la aplicación de cualquier sanción se basa en Derecho y se adopta con todas las garantías exigibles.

Respecto al sistema de infracciones y sanciones contempladas por el ordenamiento jurídico peruano, hay diversos aspectos llamativos que, a modo de conclusión, queremos comentar.

El elemento más relevante consiste en la falta de tipificación de las infracciones por grados de gravedad, y la correspondiente atribución de sanciones equivalentes al nivel de gravedad de la correlativa infracción. Como consecuencia de este hecho, nos encontramos ante un régimen disciplinario poco definido, que deja total y absolutamente en manos de las autoridades la apreciación de la gravedad de las conductas infractoras y su calificación, comportando, por ende, un posible déficit de seguridad jurídica por la disparidad de criterios entre una Administración y otra ante un mismo hecho infractor.

También resulta peligrosa y amenaza la seguridad jurídica la cantidad de conceptos jurídicos indeterminados que obligan a ser integrados a merced del criterio de cada Administración. Resultaría aconsejable disponer de unos mayores niveles de concreción de conceptos definidores de categorías infractoras, para asegurar el reconocimiento de garantías a una rama del derecho que precisa de máxima seguridad jurídica.

En cambio, en otros casos, como en la tipificación de la infracción consistente en la ausencia injustificada al trabajo, las normas la definen de un modo excesivamente concreto, atribuyéndole también una consecuencia directa, que, sin embargo, cabría poder modular en función del tiempo de ausencia y funciones y responsabilidades desatendidas como consecuencia de la ausencia.

Por otro lado, junto a la indefinición de infracciones y sanciones leves, graves o muy graves, también nos encontramos con una prescripción única que quizá convendría matizar en relación a cada grado de infracción y de sanción.

En definitiva, podría ser conveniente una revisión del marco jurídico relativo al derecho administrativo sancionador, para incorporar un abanico más concreto de infracciones y sus correlativas sanciones, calificándolas de leves, graves o muy graves, y corregir las posibles deficiencias detectadas, consiguiendo, de este modo, un régimen disciplinario más atinado y más uniforme para todo el territorio peruano, aunque salvaguardando la necesaria flexibilidad para poder ser aplicado por las autoridades en función de su propio criterio y de las circunstancias acontecidas en cada caso.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Badiola González, M.: «La aplicación modulada al procedimiento administrativo de las garantías del proceso penal», en *El acto y el procedimiento*, CDJ, CGPJ, 1992

Cámara del Portillo, D.: *Régimen disciplinario de los empleados públicos*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2008.

Castillo Blanco, F.: *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

Fernández Ramos, S.: «El procedimiento administrativo disciplinario de los funcionarios públicos», en *Anales de la Universidad de Cádiz*, núm. 11, 1996.

Hinojosa Martínez, E.: «Régimen y procedimiento disciplinario» en Cobo Olvera, T.; Vera Torrecillas, R.J. (Dir): *Empleo Público Local. Prontuario para la selección, organización y gestión de personal de las Entidades Locales*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2012.

Ivars Ruiz, J. y Manzana Laguarda, R.S.: *Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos. Comentarios, doctrina y jurisprudencia Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Lorenzo de Membiela, J.B.:

«La tipicidad en el procedimiento disciplinario de los funcionarios públicos», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 30, 2007

*Régimen disciplinario de los funcionarios de carrera*, 2ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.

Marina Jalvo, B.: «La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio “non bis in idem”», en *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003.

Nieto García, A.: *Derecho administrativo sancionador*, Ed. Tecnos, 4ª ed., Madrid, 2005.

Noguera de la Muela, B.: «Aplicación del principio *non bis in idem* al régimen disciplinario de los funcionarios públicos», en *la Ley*, 1991-3.

Palomar Olmeda, A.: *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 10ª ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2013.

Quintana López, T.: «El principio non bis in idem y la responsabilidad administrativa de los funcionarios», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 52, 1986.

Sánchez Morón, M.: *Derecho de la función pública*, 5ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2008.

Sendín García, M.: «Una garantía básica del derecho disciplinario: el principio non bis in idem» en Domínguez Berrueta de Juan, M. y Jiménez Franco, E.: *Los empleados públicos. Estudios*, Ed. Dykinson, Salamanca, 2006.

Trayter Jiménez, J.M.: *El dret disciplinari de la funció pública*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1992.

*Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1992.

«Sanción penal-sanción administrativa. El principio de non bis in idem en la jurisprudencia», *Revista del poder judicial*, núm. 22, 1991.



# LOS PRINCIPIOS DE LA FUNCIÓN PÚBLICA MUNICIPAL APLICABLES EN EL ÁREA METROPOLITANA DE MONTERREY

Por *JUAN ÁNGEL SALINAS GARZA* \*

## SUMARIO

1. Planteamiento del problema. 2. El debido ejercicio del poder. 3. Los principios aplicables a la función pública. 4. Responsabilidades por las conductas descritas. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los tiempos actuales, principalmente en el área geopolítica conurbada de Nuevo León, estamos observando que los alcaldes o presidentes municipales ascienden a dichos puestos bajo una agenda oculta, es decir, en su campaña electoral nos hablan de los problemas y las soluciones que traen como programa de trabajo, pero al arribar a dichos puestos, desarrollan actividades distintas al programa ofrecido, constituyendo lo anterior una burla a la voluntad política de los ciudadanos.

Estas conductas las catalogamos como ejercicio indebido de funciones, oportunismo político y como la utilización de la función pública para la obtención de beneficios propios o particulares. La principal circunstancia que ha llevado a efectuar dichas conductas la encontramos principalmente en el hecho de que algunos gobernantes municipales, utilizan dicho puesto como trampolín político para ascender o realizar otras aspiraciones de poder, distintas a su encargo constitucional electoral.

Son muy bastos los ejemplos que podemos citar desde el inicio de las administraciones municipales del área mencionada, pero a modo de ejemplo serán relatados de forma resumida algunos de los más recientes, que evidencian plenamente el tipo de conductas a que hacemos referencia. Veamos el caso Monterrey.

### a. Caso Ecovía

El Gobierno del Estado de Nuevo León en participación con la iniciativa privada, desarrollan un sistema de transporte más rápido y eficiente que se extiende por varios municipios del área metropolitana de Monterrey y además realiza conexiones a menor costo con otros sistemas de transporte como lo es el metro.

---

\* Catedrático e Investigador UANL. Abogado.

Desde el inicio del proyecto la administración del municipio de Monterrey realiza constantes críticas y reclamos por este sistema de transporte, procurándose el protagonismo político por cualquier motivo mediático, pero el principal problema que podemos catalogar como indebido ejercicio de funciones por omisión lo es el hecho de que una vez que iniciaron las actividades del sistema Ecovía el municipio de Monterrey omitió prestar las debidas indicaciones viales, pues los tránsitos por motivos desconocidos no operaron para eficientizar el funcionamiento del sistema, lo que pudo ser uno de los motivos de los accidentes viales y lesiones que se han producido durante los primeros meses del arranque de este sistema de transporte.<sup>1</sup>

## b. Caso tarifas de transporte público

En este otro asunto, el Gobierno del Estado de Nuevo León a través de sus órganos competentes realiza el alza o actualización de las tarifas de transporte público de pasajeros para el Estado. Inconforme con esto, el municipio de Monterrey en conjunto con diversos municipios de la misma afiliación partidista promueven controversia constitucional, la cual es desechada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y posteriormente la promueven por separado de nueva cuenta diversas controversias. No conforme con esto la alcaldesa de Monterrey realiza una propuesta populista manifestando que debe subsidiarse el transporte público a los estudiantes de educación media y superior, lo cual es inviable evidentemente.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> A este respecto podemos citar algunos extractos de notas periodísticas que reflejan el problema: *Monterrey, México (3 febrero 2014)*. «Impedir la invasión de autos y facilitar el paso de las unidades de Ecovía no fueron ayer la prioridad para los agentes de Tránsito de Monterrey asignados a la zona. En el primer día de actividades simultáneas entre la Ecovía y el Tianguis del Auto, elementos viales del municipio se concentraron en retirar a los vendedores que se encontraban a la orilla de la Avenida Lincoln, a pesar de la invasión de los automóviles en los carriles exclusivos. [...] EL NORTE evidenció la falta de apoyo por parte del municipio de Monterrey hacia los conductores que circulan por las avenidas Lincoln y Ruiz Cortines desde el arranque de Ecovía. Esto se da al mismo tiempo de las discusiones entre la Alcaldesa Margarita Arellanes y el Gobierno del Estado por las reparaciones a los daños ocasionados en la zona por la construcción del nuevo sistema de transporte». Leer más: <http://www.elnorte.com/local/artículo/785/1569511/?título=descuida-transito-la-ecovia#ixzz2vQ31MkUx>. *Monterrey México (2 febrero 2014)*. «A cinco días de que inició operaciones la Ecovía, los elementos de Tránsito de Monterrey por fin aparecieron en algunos cruces conflictivos. [...] Este despliegue de elementos contrastó con los primeros días del arranque de la Ecovía, donde los agentes viales no operaron en la zona. Leer más: <http://www.elnorte.com/local/artículo/785/1569288/#ixzz2vQ51pLW>. *Monterrey México (1 febrero 2014)*. «Cuatro días de Ecovía en operación y de los tránsitos de Monterrey, ni sus luces. Y es que ante el descontento de la Alcaldesa Margarita Arellanes por los daños ocasionados durante la construcción de la Ecovía, el apoyo vial para el buen funcionamiento del nuevo sistema de transporte público aún no se da. Leer más: <http://www.elnorte.com/local/artículo/785/1569049/#ixzz2vQ5iay6l>.

<sup>2</sup> Enseguida se reproducen extractos de notas periodísticas de las que se desprende lo dicho: *Corte rechaza controversia de alcaldes contra tarifas*. «La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) desechó por ser “notoriamente improcedente” la controversia constitucional promovida por los alcaldes del PAN en contra del alza al costo del servicio en el transporte urbano y los acuerdos el Consejo Estatal del Transporte. El recurso solicitado el pasado 29 de enero de este año por Margarita Arellanes, Víctor Pérez, Pedro Salgado y Ugo Ruiz, municipales de Monterrey, Santa Catarina, San Nicolás y San Pedro, respectivamente, pretendía dar la vuelta al incremento del 20 por ciento en la tarifa de castigo [...] Ante

Aunado a lo anterior encontramos el hecho irregular muy plenamente desarrollado en la prensa local y en alguna de nivel nacional, que han dado noticia continua desde el inicio de la administración en el sentido de que en cualquier oportunidad la citada alcaldesa se ha dedicado más a hacer actos de campaña que a dirigir plenamente el servicio público que le ha sido encomendado, no creemos necesario citar ejemplos de esta conducta, pues con una simple búsqueda por los medios impresos en la red, quedará constancia de lo que evidentemente catalogamos como el uso indebido del poder con fines políticos personales.

## 2. El debido ejercicio del poder

En una sociedad constitucional como la nuestra, el ejercicio del poder atribuido a los funcionarios debe siempre sujetarse a los estrictos lineamientos que las normas prescriben, el cumplimiento de la función pública no es potestativa, aun en aquellos casos donde existe alguna facultad con matices discrecionales, dicha actividad debe siempre derivarse del cumplimiento irrestricto de nuestras leyes. No resulta válido utilizar el poder —y por consecuencia el ejercicio de un encargo público— como un factor generador de una buena imagen, como una catapulta política, como un acto de campaña; pero resulta por mucho más ilegal y anticonstitucional realizar actos contrarios a los mandatos legales a fin de obtener mayor carisma y popularidad entre los futuros electores; debemos recordar que por disposición constitucional la soberanía reside en el pueblo, pero además es preciso recordar que el propio artículo 39 de nuestra Carta Magna, que instituye el anterior principio, además establece que «todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este», de ahí que el ejercicio del poder público a través de los actos de la función pública, debe llevarse a cabo con apego irrestricto a las leyes, pero además debe siempre tener como finalidad indiscutida el beneficio del pueblo, jamás puede ser permisible la utilización del poder público en miras a la obtención de beneficios personales.

Contribuir a situaciones y actos populistas, ejercer la función pública con miras a la obtención de una mejor imagen pública, dejar de ejercer atribuciones legales y dejar de prestar los servicios públicos que son encomendados por cuestiones relacionadas a inte-

---

los amparos y recursos legales promovidos por alcaldes y diputados panistas, la bancada local del PRI prevé que la estrategia de “maltrato y golpeteo político” continuará por parte de los albiázules». Ver [http://www.milenio.com/monterrey/Corte-rechaza-controversia-alcaldes-tarifas\\_0\\_241175911.html](http://www.milenio.com/monterrey/Corte-rechaza-controversia-alcaldes-tarifas_0_241175911.html) *Van de nuevo a corte contra alza en tarifas. Cd. de México (11 febrero 2014)*. «Los Alcaldes metropolitanos panistas volvieron ayer a promover una controversia constitucional en contra del alza en las tarifas del transporte urbano en Nuevo León, pero esta vez lo hicieron en lo individual. Luego de que un Ministro de la Suprema Corte de Justicia desechó el jueves pasado la controversia que inicialmente promovieron de manera conjunta los municipios de Monterrey, San Nicolás, San Pedro y Santa Catarina, ahora los Alcaldes presentaron las cuatro acciones legales por separado. [...]. Los blanquiazules buscan con esa acción revertir el alza del 20 por ciento en la denominada “tarifa de castigo” para los usuarios que no utilizan la tarjeta Feria, así como un deslizamiento mensual de entre 2 y 5 centavos para quienes sí la usan, aprobado en diciembre pasado. Fuentes judiciales señalaron que la controversia podría ser enviada el mismo Ministro, debido a que ya conoció del asunto». Ver <http://www.elnorte.com/local/articulo/786/1571968/default.asp?PlazaConsulta=elnorte&DirCobertura&TipoCob=0#ixzz2vQKl2197> *Analizan apoyo a estudiantes*. Unos Mil 790 millones de pesos anuales costaría al Estado subsidiar el transporte a los estudiantes de educación media y superior, como lo propuso la Alcaldesa de Monterrey, Margarita Arellanes, señaló ayer la Secretaría de Desarrollo Sustentable. Ayer representantes del Estado, diputados y transportistas revisaron la propuesta. El Norte 7 de marzo de 2014.



reses o revanchismo entre poderes, así como realizar actos bajo la bandera de representar la voluntad popular de la mayoría y la autocelebración con fines propagandísticos, es incompatible con la democracia y con el debido ejercicio de la función pública, pues como lo dice Ferrajoli «los jefes, siempre, tanto más si son abyectos o mediocres, tienden a autocelebrarse como seres excepcionales e intérpretes directos de la voluntad y los intereses populares». <sup>3</sup> Este mismo jurista sostiene lo siguiente:

Cuando la identificación entre el jefe y el pueblo no es solo una tesis propagandística sino que se propone como un rasgo institucional y como una fuente de legitimación de los poderes públicos, el populismo equivale a un nuevo y específico modelo de sistema político. Corresponde a esa forma degenerada de democracia que Aristóteles llamó “demagogia” y definió, con extraordinaria lucidez, como el régimen en el que el soberano es el pueblo y no la ley [...] los muchos tienen el poder no como individuos, sino en conjunto.<sup>4</sup>

Para nosotros resulta innegable que la actividad que ha venido desplegando el gobierno municipal de Monterrey es demagógica, pues dentro de las acciones comentadas se realizan propuestas inviables, se prestan a luchas sin sentido buscando politizar el ejercicio de la función pública, y se ejercen actos con miras no del beneficio del pueblo, sino sobre todo para contribuir a la buena imagen y a servir como actos de precampaña política con miras a una futura elección a la Gubernatura del Estado. Durante el ejercicio del mandato esto es lo que se ha apreciado en la función no solo de la gobernante municipal, sino del propio municipio, incluso hemos visto el debilitamiento del mismo partido político al que pertenece por estos mismos motivos, y todo esto nos conduce a sostener que no existe justificación para la utilización de la función pública con ningún fin que no sea el estricto cumplimiento de la ley.

No somos de la idea que el ejercicio de la función pública no sirva para generarse una buena imagen, y para ganarse la simpatía del futuro electorado, pero para la obtención legítima de estos fines mediante el debido ejercicio de la función pública, solo puede servir de medio el correcto y legal desempeño de la misma, el conducirse ética y jurídicamente y siempre realizando los actos administrativos y de poder no con miras personales, sino procurando y teniendo como meta el cumplimiento del deber encomendado. La mejor manera de crear una buena imagen en el ejercicio de la función pública es cumplir cabalmente con el mandato legal, es prestar mejores y más profesionalizados servicios públicos, es realizar actos a favor de la comunidad por tener la convicción de que es lo jurídica y políticamente viable y siguiendo el mandato constitucional del artículo 39, no por ser populista, ni por ser políticamente benéfico.

Como ha quedado evidenciado (además de ser un hecho público conocido por la sociedad regiomontana) la tendencia en el actuar del gobierno municipal de Monterrey ha tendido a la manipulación de la opinión pública y ello obedece a intereses particulares, lo que es en esencia antidemocrático, pues resulta en una forma de destrucción de la opinión pública, la cual se ve manipulada y menospreciada, pues incluso cuando los actos puedan

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Editorial Trotta, Madrid. 2011. p. 49.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 50.

llegar a estar amparados algunos bajo las leyes, los fines son ajenos al correcto ejercicio de la función pública, y se dirigen sobre todo a manipular dicha opinión pública. Ferrajoli habla de dos modos convergentes de destruir la opinión pública, siendo el primero de ellos «el de la desinformación, de la mentira y propaganda, sobre todo televisiva: la difusión de noticias falsas, la omisión o minimización de noticias verdaderas, la exaltación del jefe, la difamación de los opositores, el embotamiento de las conciencias y de las inteligencias con espectáculos estúpidos y vulgares»;<sup>5</sup> y para nosotros no cabe duda que la estrategia es propagandística con miras electoreras, de exaltación del jefe o de su imagen pública, de difamación de los opositores haciéndolos quedar mal mediante propuestas populistas e inviables, como bien lo es la propuesta de subvencionar el transporte público de estudiantes, o el de impugnar con fines electorales el alza en las tarifas de transporte bajo el argumento de ser lo mejor para el pueblo, el mismo hecho de aprovecharse de la estructura de los órganos de gobierno y de los programas que le son propios con fines de exaltación personal, pero sobre todo el omitir el ejercicio de la función pública mediante la prestación y adecuada colaboración con el servicio público de tránsito en la denominada Ecovía.

Desde luego que lo que sucede en el municipio de Monterrey no es un hecho aislado, sino que es lo que normalmente acontece en el ejercicio de los actos de cualquier tipo de autoridad bajo las mismas circunstancias, por tanto no hacemos referencia a un partido político en exclusiva, lo que sucede en el municipio y autoridad que se expone como base del estudio es común y recurrente en nuestras sociedad política, y por ello es necesario hacer válidos los elementos de control del poder.

La cuestión es distinguir hasta qué punto resulta válido deformar el ejercicio de la función pública para la consecución de fines electorales, esto solo se logra dilucidando los principios bajo los cuales debe efectuarse la actuación de la función pública. Así también deviene imprescindible recordar los tipos de sanciones y responsabilidades aplicables para casos como el que se expone; en fin el análisis de los límites de la actuación de las autoridades en el ejercicio del poder público nos permitirá contribuir al respeto de los principios como el de legalidad en torno al cual gira todo el ámbito del poder público. Por cuanto a lo que se ha comentado Diego Valadés explica:

Un problema de nuestro tiempo es que a veces los agentes políticos confunden sus papeles naturales. Ese error de percepción es muy común en todos los sistemas competitivos, y se ve exacerbado por las campañas electorales, en cuyo diseño intervienen cada vez más los técnicos en medios y menos los estrategas políticos, de manera que el afán de derrotar al oponente no se ponen reparos en los instrumentos utilizados. Las sorpresas vienen después, cuando lo que se acaba dañando es el delicado tejido de la confianza ciudadana en el ejercicio de la política y en la viabilidad de las instituciones.<sup>6</sup>

En efecto, la principal afectación la encontramos en la propia ciudadanía, muchos de los cuales ven deformada su opinión, al presenciar la lucha proselitista en el ejercicio del encargo, lo que en muchas ocasiones los lleva a la decepción, los hace perder su confianza

---

<sup>5</sup> Op. cit., pp. 73 y 74.

<sup>6</sup> Valadés, Diego. *El control del poder*. 3ª Ed. Porrúa. México. 2006, p. 5.

en todo lo referente a la política, por tanto es esta ciudadanía la principal afectada por las irregulares actuaciones de las autoridades. En el ejercicio del poder soberano que representa la actuación de los funcionarios debe prevalecer la legalidad, así como una eficiencia en la prestación de los servicios, la relación entre poderes no debe ser tratada como un campo de batalla política, la manipulación mediática por todas sus vías debe ser desestimada, lo que verdaderamente debe ser noticia en el ejercicio de la función pública es el debido cumplimiento de los programas, servicios y atribuciones encomendadas a nuestros funcionarios, por tanto todo abuso debe ser controlado y sancionado, no debemos premiar el irregular ejercicio de funciones, no debemos seguir solapando las ilegalidades cometidas por ningún funcionario, pero sobre todo no debemos solapar el uso de la estructura de gobiernos para ningún fin ajeno al cumplimiento de los deberes del Estado al beneficio real del pueblo, pues como lo sostiene Jean-Luc Bodiguel: «Solamente un cierto poder administrativo y la neutralidad de la Función Pública permiten el sostenimiento del Estado».<sup>7</sup>

Por último debemos comentar que no es correcta la politización del servicio público ni de la burocracia, los funcionarios en el ejercicio del poder una vez que son elegidos o nombrados no representan ya ni intereses propios ni partidistas, pues incluso no es desconocido que la propia elección de los empleados del servicio público se realiza cada cambio de administración por motivos políticos, politizando incluso a todo el sistema burocrático, o la mayoría de este, lo que no es correcto, como tampoco lo es ningún tipo de politización en el cumplimiento de los deberes derivados del ejercicio de cualquier encargo, ello solo acarrea consecuencias negativas, y la pérdida de la imparcialidad de las instituciones gubernamentales, como bien lo sostienen Guy Peters y Jon Pierre:

The political consequences of politicization are also assumed to be negative, and to be primarily loss of confidence in the fairness of government institutions. In most industrialized democracies the bureaucracy continues to be regarded more positively than the more political institutions of government (see Listhaug and Wiberg, 1996), although that may be damning with faint praise given the generally poor assessment of politicians and political institutions —something that few administrative systems can afford—.<sup>8</sup>

### 3. LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LA FUNCIÓN PÚBLICA

La función pública corresponde en esencia al Estado, y se desempeña a través de los funcionarios a quienes nuestra Constitución y leyes secundarias otorgan las competencias y facultades para el ejercicio de las potestades de imperio y autoridad que son necesarias y

<sup>7</sup> Bodiguet, Jean-Luc. «El control político de los altos funcionarios, y su evolución en los países de la OCDE». En *La administración pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baenar de Alcázar*. Coordinador Manuel Arenilla Sáez. INAP. España. 2010, p. 721.

<sup>8</sup> Peters, Guy and Jon Pierre. *Politicization Of The Civil Service In Comparative Perspective. The Quest For Control*. 1ª Ed. Roudtledg. London. 2004, pp. 8 y 9. En su traducción al español, el texto dice: «Las consecuencias políticas de la politización son asumidas de manera negativa y se manifiestan principalmente en la pérdida de confianza en la imparcialidad de las instituciones gubernamentales. En las democracias más industrializadas la burocracia tiende a ser evaluada más positivamente que las instituciones más políticas del gobierno (véase Listhaug y Wiberg, 1996), aunque eso puede ser concluyente es un elogio débil, dada la evaluación generalmente pobre de los políticos y de las instituciones políticas, por lo que es algo que pocos sistemas administrativos pueden permitirse».

atribuidas al ente político estatal. Para Gabino Fraga: «Las funciones constituyen la forma del ejercicio de las atribuciones».<sup>9</sup> Es por esto que la función pública no puede constituir sino la forma en que está configurada la estructura gubernamental para el ejercicio del poder por quienes han sido dotados de las facultades y atribuciones para llevar a cabo determinada función del Estado, en todos los ámbitos del ejercicio del poder público, incluso en las diversas esferas del gobierno federal, estatal y municipal. Fernández Ruiz y Cisneros Farías sostienen que «hablamos de función pública para referirnos a la actividad esencial y mínima del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, que conlleva el ejercicio de la potestad, de imperio, de autoridad —de donde su indelegabilidad— cuya realización atiende al interés público, entre las que destacan la función legislativa, la función jurisdiccional y la función administrativa».<sup>10</sup> Por otra parte, el mismo Fernández Ruiz sintetiza diciendo que «función estatal o pública es atribuida al Estado —Federación, estados y municipios—, cuyo ejercicio requiere del desempeño de una actividad que conlleve su potestad, su imperio, su autoridad, de ahí que sea en última instancia una manifestación de su soberanía».<sup>11</sup>

Todas las funciones y atribuciones del Estado son regidas por principios que se derivan de la propia norma constitucional, tales como el principio de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia;<sup>12</sup> normalmente se establece que la violación a estos principios da lugar a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos, tal y como se desprende de nuestra propia Constitución Federal en su artículo 109, fracción III, aunque también podemos afirmar que la violación de los precitados principios no solo da lugar a sanciones administrativas, sino que en general da lugar a los diversos tipos de sanciones en las que pueden incurrir los funcionarios, como son la propia administrativa, la política, la civil y la penal, pues solo infringiendo en alguna forma la legalidad puede dar lugar al establecimiento de cualquier tipo de sanción a un funcionario.

A este respecto Ortiz Soltero establece que «la responsabilidad administrativa es aquella en la [que] incurrir los servidores públicos cuando, en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, su conducta contraviene las obligaciones contenidas en el Código de Conducta Administrativo que previenen las 24 fracciones del artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos».<sup>13</sup> Por cuanto a esto cabe men-

---

<sup>9</sup> Fraga, Gabino. *Derecho administrativo*. 47ª Edición. Editorial Porrúa. México. 2009, p. 26.

<sup>10</sup> Fernández Ruiz, Jorge y Germán Cisneros Farías. *Derecho Administrativo del Estado de Nuevo León*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2011, pp. 26 y 27.

<sup>11</sup> Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho administrativo y Administración Pública* 4ª Ed. Porrúa. México. 2011, p. 51.

<sup>12</sup> Principios que se desprenden del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su fracción III, que establece: «Se aplicarán sanciones administrativas a los servidores públicos por los actos u omisiones que afecten la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que deban observar en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones»; lo cual también se encuentra reglamentado en el Estado de Nuevo León, en el artículo 50 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios de Nuevo León, que en su primer párrafo establece: «Todo servidor público incurrirá en responsabilidad administrativa cuando incumpla con las siguientes obligaciones generales de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones».

<sup>13</sup> Ortiz Soltero, Sergio Monserrit. *Responsabilidades legales de los servidores públicos*. 5ª Ed. Porrúa. México. 2011, p. 127.

cionar que el propio artículo 7 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, establece los mismos principios antes mencionados, los que son reglamentados en específico en el artículo 8 mencionado por Ortiz Soltero.

En virtud de estos motivos es por lo que en esta investigación primeramente se tratará de describir el contenido de los diversos principios en el desempeño de la función pública que han sido mencionados, para luego analizar los diversos tipos de sanciones a que pueden dar lugar las conductas mencionadas al inicio de este trabajo. Esto es, una vez analizados los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, se procederá a encuadrar las conductas que han sido mencionadas en los diversos tipos de responsabilidad que se pueden generar dentro del marco de las leyes correspondientes del Estado de Nuevo León, por tratarse de conductas atribuibles a un Presidente Municipal, y no estar en los supuestos de desvío o mal uso de recursos federales en los que le sería también aplicable la responsabilidad derivada de las leyes federales.

### **a. Legalidad<sup>14</sup>**

El principio de legalidad implica que el ejercicio de las atribuciones y competencias derivadas del poder del Estado y conferidos hacia determinada función pública, se lleve a cabo

<sup>14</sup> El artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos establece como conductas relacionadas con la legalidad, las siguientes: «Formular y ejecutar los planes, programas y presupuestos correspondientes a su competencia, y cumplir las leyes y la normatividad que determinen el manejo de recursos económicos públicos; utilizar los recursos que tenga asignados y las facultades que le hayan sido atribuidas para el desempeño de su empleo, cargo o comisión, exclusivamente para los fines a que están afectos; rendir cuentas sobre el ejercicio de las funciones que tenga conferidas y coadyuvar en la rendición de cuentas de la gestión pública federal, proporcionando la documentación e información que le sea requerida en los términos que establezcan las disposiciones legales correspondientes; abstenerse de ejercer las funciones de un empleo, cargo o comisión, por haber concluido el periodo para el cual se le designó, por haber sido cesado o por cualquier otra causa legal que se lo impida; presentar con oportunidad y veracidad las declaraciones de situación patrimonial, en los términos establecidos por la Ley; atender con diligencia las instrucciones, requerimientos o resoluciones que reciba de la Secretaría, del contralor interno o de los titulares de las áreas de auditoría, de quejas y de responsabilidades, conforme a la competencia de estos; supervisar que los servidores públicos sujetos a su dirección, cumplan con las disposiciones de este artículo; Proporcionar en forma oportuna y veraz, toda información y datos solicitados por la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos. En el cumplimiento de esta obligación, además, el servidor público deberá permitir, sin demora, el acceso a los recintos o instalaciones, expedientes o documentación que la institución de referencia considere necesario revisar para el eficaz desempeño de sus atribuciones y corroborar, también, el contenido de los informes y datos que se le hubiesen proporcionado; responder las recomendaciones que les presente la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos, y en el supuesto de que se decida no aceptar o no cumplir las recomendaciones, deberá hacer pública su negativa, fundándola y motivándola en términos de lo dispuesto por el Apartado B, del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por el artículo 46 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; atender los llamados de la Cámara de Senadores o en sus recesos de la Comisión Permanente, a comparecer ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa a aceptar o cumplir las recomendaciones de la institución a la que legalmente le compete la vigilancia y defensa de los derechos humanos, en términos del Apartado B, del artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; abstenerse de inhibir por sí o por interpósita persona, utilizando cualquier medio, a los posibles quejosos con el fin de evitar la formulación o presentación de denuncias o realizar, con motivo de ello, cualquier acto u omisión que redunde en perjuicio de los intereses de quienes las formulen o presenten; abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa relacionada con el servicio público».

dentro de los límites que las leyes establecen para la realización de determinados actos. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz sostiene: «La Administración Pública del Estado Social y Democrático de Derecho es una organización que debe distinguirse por los principios de legalidad, de eficacia y de servicio. Legalidad porque el procedimiento administrativo no es otra cosa que un camino pensado para salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos».<sup>15</sup> Desde luego Rodríguez-Arana se refiere a que los poderes soberanos del Estado se instituyen para beneficio del pueblo, como lo consagra el artículo 39 de nuestra Constitución Federal, y por tanto el simple hecho de no llevar a cabo los actos de la administración pública como lo estatuye el citado precepto constitucional, implica actuar fuera de la ley y por consecuencia en contra de la legalidad.

Guastini nos refiere tres principios derivados de la legalidad, el primero, desde luego, la invalidez de todo acto del poder público que esté en contraste con la ley; el segundo, la invalidez de cualquier acto de poder público que no esté expresamente autorizado por la ley y el tercero sustancial, la invalidez de toda ley que confiera poderes sin regulación constitucional;<sup>16</sup> desde luego los primeros dos tipos de actos son los que nos interesan por lo que respecta al titular de una municipalidad, pues el tercero atañe a la invalidez de la norma secundaria, y es atribuible a los órganos cuya función pública es crear la ley.

De lo dicho podemos inferir que en el ejercicio de la función pública puede infringirse el principio de legalidad mediante acción u omisión, pues el cumplimiento de la mayoría de normas por parte de los servidores públicos no es potestativo (salvo excepciones o de discreción), sino que por el contrario, la función pública debe siempre apegarse al texto de la ley, pues esta nos dice de antemano la forma en que debe actuar el funcionario. Por ello ante cualquier actuación de autoridad, o ante el ejercicio de cualquier derecho público, sabemos *prima facie* cuál debe ser el procedimiento y marco de actuación de la autoridad, y ello es coincidente con el derecho humano de seguridad jurídica.<sup>17</sup>

Este principio de legalidad es de notoria importancia porque cualquier tipo de responsabilidad atribuible al ejercicio de la función pública, de una u otra manera tendrá su sustento en la vulneración a la legalidad, pues siempre habrá alguna norma que se vea vulnerada. Vivimos en un Estado de derecho, y por tanto todo lo público y lo privado gira en torno a la ley, de ahí la importancia del principio de legalidad, por lo que podemos culminar este punto citando las palabras de Luis Gerardo Rodríguez Lozano: «Por lo que hace al gobierno de las leyes, nos estamos refiriendo a lo que se puede denominar “Estado de Derecho”, que básicamente significa ajustar la conducta del hombre, al dictamen de la ley».<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. *Ética y Administración Pública*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. <http://info.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa1/20s.pdf>.

<sup>16</sup> Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. 1 Ed. 2ª Reimpresión. Fontamara. México. 2007, p. 117.

<sup>17</sup> Lo denominamos derecho humano por las recientes reformas constitucionales en México en materia de derechos humanos, que elevaron a la categoría de derechos humanos las que antes eran denominadas garantías individuales.

<sup>18</sup> Rodríguez Lozano, Luis Gerardo. «Responsabilidad y administración pública en México. encuadre del tema y fundamentos constitucionales». En: *Responsabilità Civile e Amministrazione*. Uno Studio Comparato. Coordinada por Fabrizio Fracchia y Carlos Botassi. 1ª Ed. Editoriale Scientifica. Italia. 2011, p. 330.

## b. Honradez<sup>19</sup>

Para el Diccionario de la Real Academia Española, honradez significa 'rectitud de ánimo, integridad en el obrar'<sup>20</sup>, y por ende podemos inferir que para actuar con honradez en el ejercicio de la función pública es preciso ser recto e íntegro en el ejercicio de dicha función; así para identificar más precisamente lo que nuestra legislación ha identificado como falta a la honradez, debemos acudir al Código de Conducta establecido en el artículo 8 de

<sup>19</sup> El artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos establece como conductas relacionadas con la honradez, las siguientes: «Excusarse de intervenir, por motivo de su encargo, en cualquier forma en la atención, tramitación o resolución de asuntos en los que tenga interés personal, familiar o de negocios, incluyendo aquéllos de los que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o parientes civiles, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen o hayan formado parte. El servidor público deberá informar por escrito al jefe inmediato sobre la atención, trámite o resolución de los asuntos a que hace referencia el párrafo anterior y que sean de su conocimiento, y observar sus instrucciones por escrito sobre su atención, tramitación y resolución, cuando el servidor público no pueda abstenerse de intervenir en ellos. Abstenerse, durante el ejercicio de sus funciones, de solicitar, aceptar o recibir, por sí o por interpósita persona, dinero, bienes muebles o inmuebles mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que tenga en el mercado ordinario, donaciones, servicios, empleos, cargos o comisiones para sí, o para las personas a que se refiere la fracción XI de este artículo, que procedan de cualquier persona física o moral cuyas actividades profesionales, comerciales o industriales se encuentren directamente vinculadas, reguladas o supervisadas por el servidor público de que se trate en el desempeño de su empleo, cargo o comisión y que implique intereses en conflicto. Esta prevención es aplicable hasta un año después de que se haya retirado del empleo, cargo o comisión. Habrá intereses en conflicto cuando los intereses personales, familiares o de negocios del servidor público puedan afectar el desempeño imparcial de su empleo, cargo o comisión. Una vez concluido el empleo, cargo o comisión, el servidor público deberá observar, para evitar incurrir en intereses en conflicto, lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley; En el caso del personal de los centros públicos de investigación, los órganos de gobierno de dichos centros, con la previa autorización de su órgano de control interno, podrán determinar los términos y condiciones específicas de aplicación y excepción a lo dispuesto en esta fracción, tratándose de los conflictos de intereses que puede implicar las actividades en que este personal participe o se vincule con proyectos de investigación científica y desarrollo tecnológico en relación con terceros de conformidad con lo que establezca la Ley de Ciencia y Tecnología; Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado le otorga por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XI; Abstenerse de intervenir o participar indebidamente en la selección, nombramiento, designación, contratación, promoción, suspensión, remoción, cese, rescisión del contrato o sanción de cualquier servidor público, cuando tenga interés personal, familiar o de negocios en el caso, o pueda derivar alguna ventaja o beneficio para él o para las personas a las que se refiere la fracción; Abstenerse, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, de celebrar o autorizar la celebración de pedidos o contratos relacionados con adquisiciones, arrendamientos y enajenación de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra pública o de servicios relacionados con ésta, con quien desempeñe un empleo, cargo o comisión en el servicio público, o bien con las sociedades de las que dichas personas formen parte. Por ningún motivo podrá celebrarse pedido o contrato alguno con quien se encuentre inhabilitado para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público; Abstenerse de adquirir para sí o para las personas a que se refiere la fracción XI, bienes inmuebles que pudieren incrementar su valor o, en general, que mejoren sus condiciones, como resultado de la realización de obras o inversiones públicas o privadas, que haya autorizado o tenido conocimiento con motivo de su empleo, cargo o comisión. Esta restricción será aplicable hasta un año después de que el servidor público se haya retirado del empleo, cargo o comisión».

<sup>20</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 21ª Ed. Real Academia Española. España. 1996. Voz Honradez, p. 797.

la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de cuyo contenido podemos concluir que se actúa horadamente cuando el funcionario se abstiene de intervenir en asuntos en que los que le puedan resultar intereses propios o de familiares, de amigos, cuando se abstiene de aceptar o percibir intereses económicos por el ejercicio del encargo, por sí o por interpósita persona, en términos generales podemos decir que se actúa honradamente cuando se abstiene de utilizar el ejercicio de la función pública para la obtención de cualquier beneficio personal o ajeno; pues esta forma de actuar constituye una conducta recta e íntegra en el ejercicio de la función pública. Es probable que la realización de determinadas conductas en el ejercicio de la función pública pueda llevarse de manera aparente dentro de los márgenes que las leyes establecen para la realización de determinado acto, y sin embargo ese acto administrativo es posible que se encuentre fuera de un actuar honrado, por ejemplo porque se hace siguiendo fines personales, o por la consecución de intereses propios, de familiares, amigos o de intereses ajenos, lo cual significa nuevamente que el ejercicio del poder se lleva a cabo en contravención a lo señalado por el artículo 39 de nuestra Constitución Política, esto es, para beneficio del pueblo.

De esta manera queda en relevancia que conducirse con honradez implica no solo actuar dentro de una aparente legalidad, sino evitar fines distintos al recto cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada. Los principios que operan en el desempeño de la función pública pueden encontrarse reunidos parcialmente y con ello bastará para la irregularidad en la conducta, no basta con reunir la mayoría de ellos, es imprescindible que todos los principios se encuentren reunidos en el desempeño de cualquier acto para considerar que la conducta es plenamente válida.

### **c. Lealtad<sup>21</sup>**

Actuar con lealtad en el ejercicio de la función pública, es sin duda retribuir a la confianza que le ha sido otorgada para el ejercicio del encargo, es desempeñarse con fidelidad y respeto hacia la institución que se representa; por tanto, para ser leal al ejercicio de la función pública debe desempeñarse el encargo de manera tal que se respete la propia institución y los fines del encargo, que se utilicen y resguarden los conocimientos, secretos, y documentación, información y conducirse con respeto hacia las ordenes y ordenamientos propios de la función que se desempeña.

---

<sup>21</sup> El artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos establece como conductas relacionadas con la lealtad, las siguientes: «Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga bajo su responsabilidad, e impedir o evitar su uso, sustracción, destrucción, ocultamiento o inutilización indebidos; Comunicar por escrito al titular de la dependencia o entidad en la que preste sus servicios, las dudas fundadas que le suscite la procedencia de las órdenes que reciba y que pudiesen implicar violaciones a la Ley o a cualquier otra disposición jurídica o administrativa, a efecto de que el titular dicte las medidas que en derecho procedan, las cuales deberán ser notificadas al servidor público que emitió la orden y al interesado; Denunciar por escrito ante la Secretaría o la contraloría interna, los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir respecto de cualquier servidor público que pueda constituir responsabilidad administrativa en los términos de la Ley y demás disposiciones aplicables».



#### d. Imparcialidad<sup>22</sup>

El principio de imparcialidad es más sencillo de describir, y podemos conceptualizarlo como el desempeño de la función pública de una manera igualitaria, sin otorgamiento de preferencias. Por tanto, actúa imparcialmente quien ejerce el poder en pleno apego a las leyes, y absteniéndose de tomar cualquier resolución o acto por satisfacer algún tipo de interés propio, de un allegado o subordinado, y basando su actuación en la igualdad ante la ley de todas las personas, por tanto evitando cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de la función pública.

#### e. Eficiencia<sup>23</sup>

La eficiencia implica la calidad y profesionalismo en el desempeño de la función pública, es actuar diligentemente, y desempeñar las funciones de manera tal que las atribuciones se ejerzan de la manera más óptima, pronta y eficaz posible. Esto se logra desempeñando las funciones de la manera que resulte más correcta para el cumplimiento de los fines legales de las propias funciones que se realizan, como lo dice Rodríguez-Arana: «Eficacia porque hoy es perfectamente exigible a la organización administrativa que ofrezca productos y servicios públicos de calidad».<sup>24</sup>

### 4. RESPONSABILIDADES POR LAS CONDUCTAS DESCRITAS

El artículo 108 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la responsabilidad de los servidores públicos, haciendo aplicables las leyes federales aun para las autoridades de los Estados en el caso de manejo de fondos y recursos Federales. Así tenemos que en su último párrafo otorga facultad a las legislaturas de los Estados para el establecimiento de las demás responsabilidades derivadas del ejercicio de la función pública, en los siguientes términos: «Las Constituciones de los Estados de la República precisarán, en los mismos términos del primer párrafo de este artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión

<sup>22</sup> El artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos establece como conductas relacionadas con la imparcialidad, las siguientes: «Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivo de este; Abstenerse de disponer o autorizar que un subordinado no asista sin causa justificada a sus labores, así como de otorgar indebidamente licencias, permisos o comisiones con goce parcial o total de sueldo y otras percepciones; Abstenerse de autorizar la selección, contratación, nombramiento o designación de quien se encuentre inhabilitado por resolución de autoridad competente para ocupar un empleo, cargo o comisión en el servicio público; Abstenerse de aprovechar la posición que su empleo, cargo o comisión le confiere para inducir a que otro servidor público efectúe, retrase u omita realizar algún acto de su competencia, que le reporte cualquier beneficio, provecho o ventaja para sí o para alguna de las personas a que se refiere la fracción XI».

<sup>23</sup> El artículo 8 de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, establece en relación con la eficiencia lo siguiente: «Cumplir el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión».

<sup>24</sup> Rodríguez Arana Muñoz, Jaime. *Ética y Administración Pública*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. <http://info.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa1/20s.pdf>.

en los Estados y en los Municipios». Por su parte, el artículo 109 y siguientes de dicha norma suprema establece los parámetros a que deberán sujetarse los diversos tipos de responsabilidades, lo que en su caso debe ser tomado en consideración por los legisladores ordinarios.

Por su parte, el artículo 105 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León sujeta a los servidores públicos del Estado y Municipio a las responsabilidades derivadas del ejercicio de sus funciones en los siguientes términos:

Para los efectos de lo preceptuado en este Título, se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial, a los servidores o empleados y en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso del Estado o en la administración pública, ya sea del Estado o los municipios, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Por su parte, el artículo 107 establece la facultad del Congreso del Estado para expedir la correspondiente Ley de Responsabilidades, disponiendo como procedentes las responsabilidades políticas, penales y administrativas. Cabe mencionar que el Código Civil del Estado de Nuevo León en el artículo 1825 aún regula el reclamo de los daños por la responsabilidad civil efectuada por los Servidores Públicos en el Estado por los que también será dilucidada este tipo de responsabilidades. Por cuanto a los fines y fundamentos de la facultad disciplinaria aplicable a los servidores públicos, nos parece bastante útil la siguiente jurisprudencia:

SERVIDORES PÚBLICOS. FUNDAMENTOS Y FINES DE LA FACULTAD DISCIPLINARIA DEL ESTADO PARA SANCIONARLOS. La exposición de motivos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos (publicada en el Diario Oficial de la Federación el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos), deja en claro la intención de que los funcionarios se comporten con honradez, lealtad, imparcialidad, economía y eficacia, y define, entre otras, las obligaciones administrativas (se parte de un catálogo establecido por el legislador que sujeta a todo servidor público), las responsabilidades en que incurrir por su incumplimiento, los medios para identificarlo y las sanciones y procedimientos para prevenirlo y corregirlo. Esa facultad disciplinaria tiene su fundamento en el servicio público que el Estado debe prestar a la comunidad con excelencia, y su fin es asegurar y controlar la calidad y continuidad de tal actividad que se instrumenta con las funciones, empleos, cargos y comisiones de los servidores públicos. Esa actuación debe satisfacer los valores y cualidades de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia de la gestión o acción administrativa, que trasciendan en la calidad y peculiaridades del servicio público, acorde a conseguir o tratar de obtener los fines de la planeación y satisfacer necesidades públicas con la mayor economía y calidad. Las premisas que anteceden llevan a establecer que la administración tiene la facultad y la obligación de autoorganización para cumplir sus objetivos y, en ese contexto, se inscribe el poder disciplinario.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Época: Novena Época . Registro: 183687 . Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia . Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta . Tomo XVIII, Julio de 2003 . Materia(s): Administrativa . Tesis: I.4o.A. J/23, p. 941.

Cabe destacar que en las diversas responsabilidades que serán expuestas solo se mencionarán los supuestos que se consideran aplicables a las conductas descritas como ilegales al inicio de este trabajo, sin especificarse cuestiones de procedimiento, configuración específica y defensas de las conductas, pues ello rebasaría por mucho los fines del presente trabajo, los cuales solo los delimitamos al señalamiento de la ilicitud y responsabilidades derivadas de las conductas que hemos precisado.

### **a. Responsabilidad administrativa**

La Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios de Nuevo León establece en su Título Tercero la responsabilidad administrativa, haciendo sujetos de estas responsabilidades, por remisión al artículo 2 fracción IV de esa legislación, a los presidentes municipales, entre otros. En su artículo 50 establece la responsabilidad administrativa por incumplimiento a los mencionados principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones.

Pues bien, de los tres supuestos a que hemos hecho referencia en el punto número uno denominado planteamiento del problema, podemos resumirlos en dos tipos de conductas: una por omisión identificándola como la omisión en la prestación del servicio público de tránsito, y otra por acción, que son los actos populistas y de promoción de la imagen política y social de la gobernante municipal. Por cuanto a la primera de las conductas, debemos iniciar por establecer si es obligación de los municipios la prestación del servicio público de tránsito, para lo cual debe precisarse que efectivamente el artículo 132 inciso h, le otorga a los municipios del Estado las atribuciones en materia de tránsito, motivos por los cuales el municipio de Monterrey cuenta con un reglamento de tránsito que en su artículo 1 se declara de utilidad pública, interés social y observancia general, regulando entre otras cosas el tránsito de vehículos y peatones, y además declarando en su artículo 4 que el presidente municipal es la autoridad con atribuciones para ordenar la aplicación de las medidas necesarias para el debido cumplimiento del presente reglamento.

Con lo anterior, no caben dudas sobre las obligaciones en materia de tránsito por parte de la múnicipe de Monterrey. Y por lo que hace a la promoción de la imagen política o social, la consideramos antidemocrática e ilegal por sí misma, por el simple hecho de no perseguir el fin que hemos referido del artículo 39 de la Constitución Federal, y veremos enseguida que es de inicio causa de responsabilidad administrativa.

En estos términos es preciso señalar que las conductas destacadas conculcan los principios de legalidad, honradez y eficacia, viéndose transgredidas directamente las obligaciones generales preceptuadas en las fracciones I, XVI, XXII, y XXXIV del artículo 50 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios de Monterrey, Nuevo León, los cuales disponen las siguientes obligaciones:

- I. Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión;

xvi. Desempeñar su empleo, cargo o comisión sin obtener o pretender obtener beneficios adicionales a las contraprestaciones comprobables que el Estado o Municipio le otorgan por el desempeño de su función, sean para él o para las personas a las que se refiere la fracción XIII;

xxii. Abstenerse de cualquier acto u omisión que implique incumplimiento de cualquier disposición jurídica relacionada con el servicio público;

xxxiv. Abstenerse de utilizar fondos públicos con el objeto de promover la imagen política o social de su persona, la de su superior jerárquico o la de terceros, o con el fin de denigrar a cualquier persona;

Es evidente que por cualquier motivo el simple hecho de haber omitido la prestación del servicio público de tránsito, el cual le correspondía realizar por atribución directa de la Constitución y del propio Reglamento de Tránsito, implica que no se actuó con la máxima diligencia y generó deficiencia en la prestación del servicio público; además, esa forma de actuar implicó incumplimiento de las disposiciones jurídicas de la materia del servicio público, las cuales vulneran los principios de legalidad y eficiencia, y por ende son causantes de sanciones administrativas.

Por otro lado, la conducta descrita como de promoción de imagen política y social y la realización de actos de campaña política implica la obtención de beneficios adicionales, y la utilización del servicio público con el objeto de promover su imagen política y social, pues todos esos actos son realizados durante el tiempo del ejercicio de sus funciones, y bajo el pago de un salario público, que implica desvío de recursos, por ende resulta por demás clara la procedencia de sanciones administrativas también por esa conducta descrita.

Con lo anterior queda visto que las conductas que han sido expuestas indudablemente son causantes de responsabilidad administrativa, pues se apartan de los principios rectores, tal y como lo sostiene Arturo García Torres al precisar que «la responsabilidad administrativa es aquella que se origina por conductas de acción u omisión por parte de los servidores públicos que afectan la función pública al apartarse de los principios rectores».<sup>26</sup> Por lo que, en consecuencia, previo el procedimiento y trámites legales podrán imponerse, según corresponda, sanciones disciplinarias, administrativas y económicas, pudiendo ser desde amonestación y apercibimiento público y privado, suspensión, destitución e inhabilitación, así como sanciones resarcitorias y multas.

Aunque brevemente y a manera de comentario, consideramos que no está debidamente legislado en el estado de Nuevo León la procedencia de todas y cada una de las sanciones aplicables, pues la ley es confusa y omisiva, dando un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades sancionadoras, por lo que resultan pertinentes al respecto los comentarios de Juárez Mejía:

Nuevamente aparecen en el sistema de responsabilidades administrativas la indeterminación y la discrecionalidad extrema que lo exhiben como un medio de represión selectiva contra servidores públicos a los que intere-

---

<sup>26</sup> García Torres, Arturo. *Responsabilidad de los servidores públicos*. Porrúa. México. 2011, p. 47.

sa escarmentar, o bien favorecer con una jurisdicción especial. Al mismo tiempo lo muestran como un instrumento “disciplinador”, al servicio de la jerarquía administrativa, que persigue propósitos distintos y más generales a los de mantenimiento de la disciplina, orden y eficiencia administrativos, como especie de pantalla ante la opinión pública que esconde la simulación y las deficiencias del funcionamiento del sistema general de responsabilidades de los servidores públicos a fin de legitimarlo y colmar aunque sea en apariencia, las expectativas ciudadanas.<sup>27</sup>

## b. Política

La misma Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios de Nuevo León establece el juicio político en su Título Segundo, haciéndose sujetos del mismo a los Presidentes Municipales, entre otros, esto por remisión expresa del artículo 9 de dicha Ley, a los sujetos señalados en el artículo 110 de la Constitución Política del Estado, entre los que se encuentra nuestro funcionario que se analiza. Para la procedencia del juicio político, el artículo 10 dispone como causa cuando los actos u omisiones de los servidores públicos dañen gravemente los intereses públicos fundamentales, queriendo destacar que el diverso numeral 11 establece aquellos casos en que se consideran dañados gravemente los intereses públicos fundamentales, de entre los cuales queremos destacar la fracción VII que es la que consideramos aplicable: «VII. Cualquier acción u omisión intencional que origine una infracción a la Constitución Política Local o a las leyes estatales, cuando cause perjuicios graves al Estado, a uno o varios de sus Municipios o motive algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones».

Nosotros consideramos que la primera de las conductas señaladas, la consistente en la omisión de la prestación del servicio público de tránsito en el arranque del funcionamiento del sistema de transporte Ecovía, es causa fundada de procedencia del juicio político, pues evidentemente fue intencional, y derivada del revanchismo político que se tenía con el Estado, desde luego origina una infracción a la Constitución Política del Estado, pues como quedó visto atrás nuestra Constitución estatal establece como atribución y a la vez obligación de los municipios del Estado la prestación del servicio de tránsito, y es evidente que la omisión en la prestación del servicio en cualquier sentido, de manera intencional, representa una infracción al mandato legal; además, ello provocó un trastorno en el funcionamiento normal de la institución del servicio de tránsito, y de las propias instituciones, pues quedó evidenciado que elementos de la Fuerza Civil del Estado (seguridad pública) tuvieron que avocarse a la prestación del servicio, lo que trastoca el desarrollo normal y funciones de los elementos comisionados a esa tarea que no quiso desempeñar la Gobernante Municipal.

Debe destacarse que el competente para instaurar este procedimiento es el Congreso del Estado, y para dictar la resolución es el Tribunal Superior del Estado, otorgándose inclusive acción popular para su instauración, por lo que de declararse procedente el jui-

<sup>27</sup> Juárez Mejía, Godolfino Humberto. *Elementos para una teoría de la responsabilidad pública*. Porrúa. México, 2008, p. 113.

cio político podrá imponerse la destitución del cargo, o inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones públicas por un periodo de hasta veinte años.

### c. Penal

Por disposición del artículo 4 de la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado y Municipios de Nuevo León, la responsabilidad penal o civil se desarrollará autónomamente a las de carácter político o administrativo. En este apartado solo analizaremos la conducta consistente en la omisión de la prestación del servicio público de tránsito, por ser la que consideramos típica, antijurídica, culpable y punible.

En efecto, el Código Penal del Estado de Nuevo León, en su Título Séptimo, hace referencia a los delitos cometidos por funcionarios, y en su artículo 207 bis, hace sujetos de responsabilidad penal por la comisión de este tipo de ilícitos a los representantes de elección popular de los municipios, entre los que se encuentra la figura del Presidente Municipal; así mismo dicha legislación penal tipifica la conducta denominada abuso de autoridad, estableciéndose en su artículo 209 que cometen este ilícito penal los servidores públicos que entre otras cosas realicen la siguiente conducta: «III.- Que indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud».

Estimamos que el hecho de haber omitido la prestación del servicio público de tránsito en el inicio del funcionamiento del sistema Ecovía implicó el retardo o negación a los particulares de un servicio que, como quedó visto atrás, el Presidente Municipal tiene atribución/obligación de prestar, por lo tanto al estar debidamente tipificada dicha conducta, y ser considerada antijurídica, haberse realizado mediante dolo o culpa, no existir ninguna eximente o exclusión de responsabilidad, en el caso son procedentes las sanciones penales a que se refiere el artículo 210 del Código Penal citado, consistentes en pena de prisión de uno a tres años, multa de cuarenta a doscientas cuotas, destitución e inhabilitación de uno a tres años para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos. Por cuanto a este delito son ilustrativos los comentarios de Alberto Herrera Pérez:

Respecto a la acción de retardar debe existir la intención deliberada y precisa del activo de diferir o retrasar la protección o servicio que tiene la obligación de prestar. [...] La negativa referida en la hipótesis en estudio debe ser expresa (no necesariamente por escrito pues puede ser verbal) y no inferirse a partir de presunciones, de tal manera que si el activo simplemente no contesta una petición o solicitud respecto a la realización de un servicio o prestación de una protección podrá su conducta encuadrar en un retardo por no en una negativa.<sup>28</sup>

### d. Civil

Por último, en lo tocante a la responsabilidad civil, el artículo 1825 del Código Civil del Estado establece lo siguiente: «Art. 1825.- El Estado y los municipios tienen obligación de

---

<sup>28</sup> Herrera Pérez, Alberto. *Delitos cometidos por servidores públicos*. 2ª e. Porrúa. México. 2011, p. 41.

responder por los daños causados por sus servidores públicos en los términos de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, en el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es solidaria y solo podrá hacerse efectiva contra el Estado, el municipio o el servidor público que corresponda».

De lo anterior se pone en relevancia que no solo el funcionario, sino el mismo Estado y los municipios son responsables solidarios por los daños causados por sus funcionarios, con independencia de que dicha responsabilidad sea aquiliana (extracontractual por hecho ilícito) o contractual, incluso por riesgo creado. De ahí que estimamos que aquellos ciudadanos que fueron parte en accidentes viales y sufrieron daños materiales o físicos durante la omisión de la prestación del servicio tránsito son titulares del derecho subjetivo para accionar por la responsabilidad civil derivada de dicha irregularidad en la prestación del servicio público.

## 5. CONCLUSIONES

Luego de analizar una serie de conductas que han sido realizadas por la presidente municipal del Municipio de Monterrey, Nuevo León, es preciso destacar que este trabajo solo persigue fines académicos, y que este mismo tipo de acciones son regularmente cometidas por un gran número de funcionarios por todo el país, y de todos los partidos políticos que se encuentran en las mismas circunstancias. En general, consideramos a la citada Alcaldesa como una persona capaz y honrada, a quien conocemos personalmente desde hace ya muchos años. Sin embargo, al analizar las conductas expuestas en la exposición del problema, e ir las confrontando con el ejercicio debido de la función pública, así como con los principios rectores que rigen dicha actividad, nos percatamos de la existencia palpable de irregularidades, que son propicias a generar responsabilidades del tipo administrativo, político, penal y civil. Las normas jurídicas son claras, lo que se busca con la exigencia de responsabilidades en el ejercicio del servicio público es lo que bien se menciona en la tesis de jurisprudencia que fue citada arriba, o sea asegurar y controlar la calidad y continuidad de tal actividad que se instrumenta con las funciones, empleos, cargos y comisiones de los servidores públicos. Y esa actuación debe satisfacer los valores y cualidades de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia de la gestión o acción administrativa, que trasciendan en la calidad y peculiaridades del servicio público, acorde a conseguir o tratar de obtener los fines de la planeación y satisfacer necesidades públicas con la mayor economía y calidad, lo que bien quedó precisado son objetivos y finalidades que no se satisfacen con las conductas descritas.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Bodiguet, Jean-Luc. «El control político de los altos funcionarios, y su evolución en los países de la OCDE». En: *La administración pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baenar de Alcázar*. Coordinador Manuel Arenilla Sáez. INAP. España. 2010.

Fernández Ruiz, Jorge. *Derecho Administrativo y Administración Pública* 4ª Ed. Porrúa. México. 2011.

Fernández Ruiz, Jorge y Germán Cisneros Farías. *Derecho Administrativo del Estado de Nuevo León*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2011.

Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Editorial Trotta, Madrid. 2011.

Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. 47ª Edición. Editorial Porrúa. México. 2009.

García Torres, Arturo. *Responsabilidad de los servidores públicos*. 1ª Ed. Porrúa. México. 2011.

Guastini, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. 1 Ed. 2ª Reimpresión. Fontamara. México. 2007.

Herrera Pérez, Alberto. *Delitos cometidos por servidores públicos*. 2ª Ed. Porrúa. México. 2011.

Juárez Mejía, Godolfino Humberto. *Elementos para una teoría de la responsabilidad pública*. 1ª Ed. Porrúa. México 2008.

Ortiz Soltero, Sergio Monserrit. *Responsabilidades legales de los servidores públicos*. 5ª Ed. Porrúa. México. 2011.

Peters, Guy and Jon Pierre. *The Politicization of the Civil Service in Comparative Perspective: A Quest for Control*. 1ª Ed. Routledge. London. 2004.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 21ª Ed. Real Academia Española. España. 1996.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jame. *Ética y Administración Pública*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. <http://info.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2004/0902/mesa1/20s.pdf>.

Rodríguez Lozano, Luis Gerardo. «Responsabilidad y administración pública en México. Encuadre del tema y fundamentos constitucionales». En *Responsabilità Civile e Amministrazione. Uno Studio Comparato*. Coordinada por Fabrizio Fracchia y Carlos Botassi. 1ª Ed. Editoriale Scientifica. Italia. 2011.

Valadez, Diego. *El control del poder*. 3ª e. Porrúa. México. 2006.





# LA FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL: PARTICULARIDADES

Por **LEOPOLDO TOLIVAR ALAS**\*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Sobre la terminología: ¿objetividad o deshumanización? III. El concepto de funcionario y el estatuto básico. IV. Recordatorio sobre lo básico en el ámbito local. V. Orígenes y evolución propia de la función pública local. VI. Lo básico en la función pública local: una regulación. VII. Coordinación, colaboración y cooperación. VIII. Algunas novedades traídas por el ebeo a la función pública local.

## I. INTRODUCCIÓN

No es sencillo encontrar bases constitucionales para asentar unos postulados comunes, en el derecho comparado, a la función pública local. Aun cuando este capítulo se refiera primordialmente al marco jurídico-institucional del Estado español, es lo cierto que la existencia de una función pública local posee carácter universal y no pocas concomitancias tanto fácticas como estatutarias.<sup>1</sup>

Pero, para comenzar, son mayoría los textos constitucionales que, u omiten toda referencia al empleo público o no conectan esta institución con la regulación de las entidades municipales. A lo sumo, como ocurre en el artículo 149.1.18ª de la Constitución española de 1978, se prevé que el Estado tenga competencia exclusiva para fijar las bases del régimen estatutario de todos los funcionarios. Otras normas fundamentales atribuyen al propio poder local la regulación e íntegra selección de sus empleados. Y, ciertamente, la casuística imaginable llega desde una función pública única —como podría deducirse de un sistema jerarquizado napoleónico—, hasta un modelo de atribuciones privativas de las municipalidades para designar a sus servidores, pasando por un modelo híbrido de funcionarios propios y funcionarios de cuerpos nacionales coexistiendo en la misma corporación local. En fin, no deja de haber leyes fundamentales que, primordialmente, se preocupan de los empleados públicos para endosarles la responsabilidad patrimonial por sus actos de servicio (caso de la Constitución italiana, en su artículo 28,<sup>2</sup> en la línea del artículo 41 de la Constitución española de 1931).

---

\* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo.

<sup>1</sup> En el magno *Tratado de Derecho Administrativo*, en seis volúmenes, del profesor Allan R. Brewer-Carías (Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013), a propósito de la Administración Pública, sus fundamentos, su organización, sus transformaciones y sus problemas (tomo II), se señalan estas similitudes en la estructuración administrativa y sus medios personales, así como la presencia de numerosos problemas comunes pendientes de solución.

<sup>2</sup> Sin perjuicio del artículo 98 donde se señala que “Los empleados públicos estarán al servicio exclusivo de la Nación. Si son miembros del Parlamento, no podrán obtener ascenso alguno, a no ser por antigüedad.

El artículo 28.2 de la Ley Fundamental de Bonn, señala, por ejemplo, que «deberá garantizarse a los municipios el derecho a regular bajo su propia responsabilidad, dentro del marco de las leyes, todos los asuntos de la comunidad local» y el artículo 73.8, al referirse a las materias objeto de legislación exclusiva de la Federación, se limita a incluir en su punto 8, la situación jurídica del personal al servicio de la Federación y de las corporaciones de Derecho público directamente dependientes de la Federación.

Otra Constitución federal, la brasileña, en su artículo 30, atribuye a los Municipios el legislar, genéricamente, sobre asuntos de interés local, en tanto que el artículo 22, en su número 16, declara que compete privativamente a la Unión el legislar sobre la organización del sistema nacional de empleo y las condiciones para el ejercicio de las profesiones, sin mayor precisión sobre la función pública. Los servidores públicos, categoría que en Brasil aglutina a quienes trabajan en los tres Poderes clásicos del gobierno federal, en los gobiernos de las provincias, en los municipales y en el Gobierno de Brasilia, incluyendo a parlamentarios de ambas cámaras, alcaldes, ministros y hasta el propio presidente de la República, así como al personal de las empresas estatales, o son elegidos o designados políticamente o, en el caso de los empleados profesionales, son contratados tras superar un concurso público. Las pruebas de estos procesos competitivos se encomiendan a empresas, fundaciones especializadas o a entidades vinculadas a las universidades de Brasilia y Federal de Río de Janeiro.

El concepto global —con sentido jurídico positivo y no solo coloquial— de servidor público, también lo encontramos entre otros ordenamientos, en el guatemalteco. En un reglamento de la presidencia de la república, de 15 de enero de 1998, se indica que, entre los servidores públicos se hallan los funcionarios, entendiéndose por tales a las personas individuales que ocupan un cargo o puesto en virtud de elección popular o nombramiento conforme a la ley, por el cual ejercen mando, autoridad, competencia legal y representación de carácter oficial de la dependencia o entidad correspondiente.

Mucho más ambicioso es el ordenamiento peruano, cuya Constitución del 1 de julio de 1993 destina un capítulo —artículos 39 a 42— a la función pública, partiendo de que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación y reservando a la ley la regulación del ingreso en la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.<sup>3</sup> Por estos últimos, entiende la Ley Marco del Empleo Público, de 18 de febrero de 2004,<sup>4</sup> diferenciándolos de los funcionarios políticos

---

Se podrán establecer por ley limitaciones al derecho de inscribirse en los partidos políticos para los magistrados, los militares de carrera en activo, los funcionarios y agentes de policía y los representantes diplomáticos y consulares en el exterior”.

<sup>3</sup> No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza y ni siquiera están comprendidos en la noción de función pública los trabajadores de las empresas del Estado de sociedades de economía mixta.

<sup>4</sup> Ley 28175, artículo 4. La Ley también se refiere a la nota de actividad remunerada característica de la labor de los empleados públicos. Los principios que rigen el empleo público en esta importante ley peruana son los de legalidad, modernidad, imparcialidad, transparencia y rendición de cuentas, eficiencia, probidad y ética pública y mérito y capacidad.

(altos cargos) y de confianza, a los empleados públicos profesionales a los que subdivide en Directivos superiores, Ejecutivos, Especialistas y de apoyo, cuyo ingreso se produce mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, sobre la base de los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades. Principios estos últimos presentes, también, en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución española de 1978. En ambos ordenamientos, la normativa estatal —marco o básica, según la nomenclatura propia— se aplica al personal de las distintas Administraciones incluyendo al que se encuentra al servicio de los Gobiernos locales.<sup>5</sup>

Todo ello sin perjuicio de que, el artículo 192 de la referida Constitución peruana, atribuye a las municipalidades la competencia para aprobar su organización interna y su presupuesto.

En la Constitución de Chile, de 1980, reformada en 2001, sí existe una previsión expresa, en el artículo 110, de que las Municipalidades, para el cumplimiento de sus funciones, puedan crear o suprimir empleos y fijar remuneraciones, como también establecer los órganos o unidades que la ley orgánica constitucional respectiva permita. Pero «estas facultades» no son exclusivas, sino que «se ejercerán dentro de los límites y requisitos que, a iniciativa exclusiva del Presidente de la República, determine la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades».

En fin, en este breve muestreo sin ánimo sistematizador alguno, sino simplemente demostrativo de la diversidad de tratamientos constitucionales y de la casi nula mención, en la mayoría de ellos, a la específica función pública local, la Constitución de Colombia, de 1991, reformada en 1997, confiere en su artículo 313 a los concejos municipales el determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias, así como «las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos».

## II. SOBRE LA TERMINOLOGÍA: ¿OBJETIDAD O DESHUMANIZACIÓN?

Aun cuando esta observación sea obvia, ¿cuántas veces en las leyes, en los reglamentos y Decretos de Transferencia, en las sentencias o en los manuales no habremos leído la expresión «medios materiales y personales», con la que se nos coloca a los empleados públicos al mismo nivel que un mueble de oficina?<sup>6</sup> La función pública ¿es solo un medio para alcanzar un fin o es algo en sí misma? ¿Estamos cosificando los funcionarios? Y en el ámbito local, ¿qué papel instrumental ha de jugar el personal estatutario o, en su caso, el laboral?

<sup>5</sup> Sobre la función pública peruana, es fundamental el trabajo crítico del profesor Orlando Vignolo Cueva, "Consideraciones acerca de la carrera pública peruana", en la obra colectiva *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra Editores, Lima, 2010, págs. 603 a 640.

<sup>6</sup> Hasta existe, en el Ministerio de Justicia por ejemplo, alguna Subdirección General de Medios Personales.

Es cierto que, por mandato constitucional, la Administración debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho<sup>7</sup> y que esa proscripción de intereses particulares de funcionarios se manifiesta en la imposición de «garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones»,<sup>8</sup> comenzando por las reglas de abstención y recusación<sup>9</sup> que también afectan a las *autoridades* o cargos públicos. Esos fines vinculados a la utilidad pública o al interés social de la colectividad justifican la actividad de la Administración y el apartamiento de los mismos es tan fiscalizable por los Tribunales como la comisión de una ilegalidad.<sup>10</sup>

Los empleados públicos, en suma, ¿no son también un fin para el Derecho? La materia de organización siempre se ha visto, quizá por un prejuicio doctrinal de origen germánico, como una técnica variable y poco consistente al lado de la actividad de las Administraciones, más científica y sólida y menos contingente. Se suele señalar que al particular —y es cierto— le da lo mismo que haya quince ministerios o veinte o que tal consejería o concejalía se llame de una manera o de otra. Eso tiene poco de jurídico y raramente puede afectar a sus derechos e intereses. Los cambios organizativos buscan, utópicamente, la racionalidad, la economía, la eficacia, la eficiencia, lo que está muy bien y permite expresar políticas propias de cada opción política ganadora de unos comicios en los distintos niveles territoriales. Pero la política de personal, como juristas más sensibles vienen denunciando, no puede meterse en el mismo saco que el número de rótulos, de despachos, de mesas o de ordenadores. Los funcionarios son el elemento vivo, el factor humano, de una Administración imparcial pero no despersonalizada.<sup>11</sup> La robótica o el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos<sup>12</sup> no elimina al funcionariado, al revés, lo cualifica con la exigencia de nuevos conocimientos y responsabilidades porque tramitación telemática no equivale a procedimiento anónimo e irresponsable.

<sup>7</sup> Art. 103.1 CE.

<sup>8</sup> Art. 103.3 CE, a propósito de la regulación por ley del estatuto de los funcionarios. En tal sentido, véanse los artículos 1.3, a) y e); 53.2 y 5 y 95.2.h) y j) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, aprobatoria del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>9</sup> Artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>10</sup> Art. 106.1 CE.

<sup>11</sup> Los ciudadanos tienen derecho a ser tratados con respeto y deferencia por autoridades y funcionarios que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones (art. 35.i de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre). La grave falta de consideración con los administrados es, en el ámbito estatal, una falta grave, en tanto que la mera incorrección con el público es una falta leve (arts. 7.1.o y 8.c del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado; disposición supletoria, según su artículo 3, para las Administraciones locales y autonómicas).

<sup>12</sup> Ley 11/2007, de 22 de junio. Su Disposición Adicional Segunda se refiere justamente a la formación de empleados públicos: “La Administración General del Estado promoverá la formación del personal a su servicio en la utilización de medios electrónicos para el desarrollo de las actividades propias de aquella. En especial, los empleados públicos de la Administración General del Estado recibirán formación específica que garantice conocimientos actualizados de las condiciones de seguridad de la utilización de medios electrónicos en la actividad administrativa, así como de protección de los datos de carácter personal, respeto a la propiedad intelectual e industrial y gestión de la información”.

Que los funcionarios no son solo una herramienta, un *recurso humano*<sup>13</sup> para la satisfacción de un fin se desprende de distintos preceptos constitucionales y legales. Su incardinación en el seno de la Administración los coloca en una relación de especial sujeción<sup>14</sup> con aquella, en la que se crean o limitan derechos y se imponen obligaciones, alterándose algún estándar general como puede ser el llamado «deber de soportar», trascendental de cara a la exigencia de responsabilidad patrimonial a los poderes públicos.<sup>15</sup> Es claro que un sujeto con derechos laborales frente a la Administración, profesionales y retributivos, inamovible, con un régimen singular, a veces restrictivo, de ejercicio de derechos fundamentales no es un mero «medio» estático, mutable e inanimado. No es un objeto para el derecho sino un sujeto de derechos y deberes.

Es también el funcionario, como se acaba de decir, un trabajador. No se trata de que, a través del empleo público, las Administraciones satisfagan el desiderátum del principio rector contenido en el artículo 35.1 de la Constitución Española (CE). Mal está la inflación funcionarial en las Administraciones, cuestión que se observa en numerosos países de la Unión Europea, pero esa crítica, cuando proceda, no puede convertirse en un estigma para el trabajo público tan digno y, si cabe, más necesario que el que se desarrolla en ámbitos privados. Por tanto, sin que la finalidad, como se apunta, deba ser emplear cuantitativa e indiscriminadamente, sino en función de las necesidades reales, es evidente que a las Administraciones les atañen el respeto al derecho al trabajo, a la promoción a través del mismo, al abono de las retribuciones suficientes para satisfacer las necesidades del empleado y su familia y a la no discriminación por razón de sexo. Mandatos constitucionales que se complementan con desarrollos legales y Convenios internacionales en los que España es parte. Las Administraciones, por tanto, han de ser escrupulosas a la hora de ordenar esos *recursos humanos*, en nada comparables con unos medios materiales que ni tienen que promocionar, ni ser sustento de nada, ni son titulares de derechos igualitarios.

En fin, los empleados públicos son *profesionales*<sup>16</sup> que han ejercido el derecho constitucional a la libre elección de una actividad especializada<sup>17</sup> y retribuida. Profesionales a los que las Administraciones, personas jurídicas al cabo, encomiendan el servicio a los ciudadanos convirtiéndose así en sus interlocutores *identificados y responsables*.<sup>18</sup> El error de una máquina, el manido «fallo informático», podrá, si causa un daño indemnizable, ser objeto de la responsabilidad objetiva de la Administración, pero si media dolo, culpa o negligencia grave de un funcionario —o autoridad—, la Administración exigirá, por vía

<sup>13</sup> Como se dice, por ejemplo, en el art. 85 bis. 2 e) de la LBRL en redacción dada por Ley 57/2003, de 16 de diciembre o en los arts. 69 a 72 del Estatuto Básico del Empleado Público, de 2007.

<sup>14</sup> Véase Ricardo García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 208 y sigs. e Iñaki Lasagabaster Herrarte, *Las relaciones de especial sujeción*, Civitas-IVAP, Madrid, 1994, págs. 404 y sigs.

<sup>15</sup> Art. 141.1 de la Ley 30/1992.

<sup>16</sup> Art. 1.3.e) del Estatuto Básico del Empleado Público.

<sup>17</sup> Cuestión que hemos abordado en el trabajo "La configuración constitucional del derecho a la libre elección de profesión u oficio", en S. Martín-Retortillo (coordinador) y otros, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, Vol. II, págs. 1337-1370.

<sup>18</sup> Art. 35. b) y j) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

de repetición, el correspondiente cuántum al empleado público<sup>19</sup> quien, eventualmente, podría incurrir también en la responsabilidad derivada de delito, existiendo una amplia tipología criminal vinculada al empleo público.<sup>20</sup>

En definitiva, las personas que encarnan el empleo público son, para el Derecho, *materia* sensible y algo más que materia. Hora es, por tanto, en estos tiempos tan cuidadosos del lenguaje no peyorativo o discriminatorio, de dignificar terminológicamente a los funcionarios puesto que nadie llama, ni coloquial ni técnicamente, medios o recursos personales a ministros, consejeros o alcaldes. Y ellos son, en virtud del principio democrático, más variables en la estructura administrativa que los funcionarios inamovibles, auténtico sedimento del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos. La *sensibilidad* de la temática funcionarial, como se ve, sí caló en los redactores de la Constitución que, no en balde, configuraron como derecho fundamental, susceptible de recurso de amparo, el acceso en condiciones de igualdad a funciones públicas (y cargos), «con los requisitos que señalen las leyes»(art. 23.2 CE).

## II. EL CONCEPTO DE FUNCIONARIO Y EL ESTATUTO BÁSICO

### 1. Elementos definidores del funcionario en la normativa básica

No en balde, de una lectura conjunta de los artículos 8 y 9 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)<sup>21</sup> puede colegirse que los funcionarios de carrera son aquellos empleados públicos que, en virtud de nombramiento legal están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente prestados dentro de una actividad dirigida a la satisfacción de intereses generales predeterminados. A esta clase de personal, las leyes han de reservar en exclusiva el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los citados intereses generales de cada Administración. Parece, por cierto, un tanto exagerada la expresión «participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas», toda vez que, si es entendible con respecto a la potestad certificante o a la de dar fe pública, o

<sup>19</sup> Art. 145.2 de la Ley 30/1992.

<sup>20</sup> Caso de la prevaricación, el cohecho, el abandono del servicio, la infidelidad en la custodia de documentos o su falseamiento, el tráfico de influencias, la malversación, etcétera. Véanse el art. 146 de la Ley 30/1992 y los artículos 404 a 445, entre otros, del Código Penal aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre

<sup>21</sup> Aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril. Para un análisis de los preceptos legales, véase la obra colectiva dirigida por Miguel Sánchez Morón, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2008, 616 págs. Igualmente, desde un punto de vista más práctico, aunque de gran utilidad, puede consultarse la obra específicamente local de Eduardo Chalud Lillo y M<sup>a</sup> del Mar Chalud Aguilera, *La función pública local (adaptada a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público)*, Ed. Bayer Hnos., Barcelona, 2007. Más recientemente, Leopoldo Tolivaralas, "El personal de la Administración local y el nuevo marco regulador de la función pública", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*. Número 308, Septiembre-Diciembre 2008 (2009), págs. 9-46.

la sancionadora, no deja de ser poco realista pensar que, ni indirectamente, puede el personal no estatutario cooperar en el ejercicio de la potestad expropiatoria —cuando el beneficiario puede ser un privado y participa en el procedimiento—, de la potestad planificadora —cuando hay planes de iniciativa privada, gestiones por compensación, etc.— o, incluso, de elaboración de ordenanzas, donde la participación es pieza fundamental. Obsérvese que el EBEP no habla de «resolución» o de «responsabilidad en la tramitación», sino de «participación directa o indirecta». Bien es cierto que, en el ámbito local, como luego veremos y ha advertido tempranamente Sánchez Morón, «la reserva de puestos de trabajo a funcionarios, establecida hoy en la Disposición Adicional 2ª EBEP, es mucho más limitada».<sup>22</sup> Y hablando de potestades, debemos recordar cómo el propio EBEP, en su artículo 57.1, exceptúa del libre acceso de los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea al funcionariado español, los empleos «que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público».<sup>23</sup>

No ha habido una evolución sustancial en el concepto y caracteres del funcionario desde la legislación de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (Decreto 315/1964, de 7 de febrero). Como ha señalado Sánchez Morón,

con terminología que hoy puede parecer algo impropia pues confunde el sistema de empleo con la temporalidad de la relación, el artículo 3 de la LFCE distingue entre funcionarios de carrera y de empleo. Los primeros son los que con estatuto funcionarial (“en virtud de nombramiento legal”), “desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos —de la Administración correspondiente— (art. 4 de la citada Ley). Son, en consecuencia, los funcionarios que podríamos llamar hijos.<sup>24</sup>

Y ello aunque se recluten, en virtud del sistema de empleo,<sup>25</sup> para desempeñar una plaza singular, no escalafonada. Por su parte, Entrena Cuesta viene advirtiendo que «el concepto de funcionario es uno de los más imprecisos de cuantos se manejan por la doctrina jurídico-administrativa, debido, de una parte, a la discrepancia entre su sentido vulgar y técnico y, de otra, a la diversidad de criterios con que se emplea en el Derecho positivo». En sentido estricto, para este autor, el concepto paradigmático de funcionario se aplica a los de carrera, con las notas de legalidad de nombramiento (no caben los funcionarios de hecho), permanencia (no interinidad ni eventualidad), pertenencia a plantilla de Cuerpo o Escala (lo que no ocurre con el

<sup>22</sup> Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 5ª edición, 2008, pág. 67.

<sup>23</sup> “O las funciones que tiene por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas”. El EBEP deroga expresamente la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre incorporación a la función pública española de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea.

<sup>24</sup> Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 4ª edición, 2004, págs. 90 y sigs. La edición de 2008 antes citada se encuentra ya ajustada al EBEP.

<sup>25</sup> Los funcionarios de *empleo* pueden ser eventuales o interinos.



personal laboral) y retribución con cargo a los presupuestos (lo que deja fuera a los que cobran por arancel).<sup>26</sup>

## 2. Singularidad, menor, en la función pública local

No deja de ser característica la *reserva* limitada de funciones que la Disposición Adicional Segunda de la propia Ley aprobatoria del EBEP mantiene en favor de los funcionarios locales: las que impliquen ejercicio de autoridad,<sup>27</sup> las de fe pública, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interna de la gestión económica y presupuestaria, contabilidad y tesorería.<sup>28</sup>

Dentro de estas, corresponde *necesariamente* en todas las Corporaciones a funcionarios con habilitación estatal las funciones de secretaría (comprendiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo) y el control y la fiscalización interna de la gestión económica-financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación.<sup>29</sup> Esta redacción es la misma que ya figuraba en el artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, ahora derogado, con la particularidad importante de que se ha suprimido la referencia a la previsión de excepcionalidad legal por la que podrían otorgarse las responsabilidades sobre las funciones de contabilidad, tesorería y recaudación a miembros de la Corporación o funcionarios sin habilitación *nacional*. Como ha señalado Sánchez Morón,<sup>30</sup> una fórmula semejante a la de esta Adicional se contenía en el ahora derogado artículo 92.2 LBRL y fue considerada conforme a la Constitución por la STC 37/2002, de 14 de febrero, lo que «explica, en cierta medida, el mayor porcentaje de personal laboral que existe en la Administración Local». Bien es cierto que el TC se cuestionaba un párrafo que ahora ya no existe, al señalar que

La duda de constitucionalidad de la Sala proponente se circunscribe al inciso final del precepto transcrito y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función, el cual entiende que puede ser contrario a la reserva de Ley que establece el art. 103.3 CE, a la luz de la interpretación que de la misma ha hecho el Tribunal Constitucional en la STC 99/1987, de 11 de junio».

Prosigue el Tribunal:

[...] el precepto cuestionado no especifica qué concretas funciones han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcional, remitiendo su determi-

<sup>26</sup> Rafael ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 2, Tecnos, Madrid, 2002 (12ª edición), págs. 260 y sigs. Sobre la exclusión del personal retribuido por arancel, véase lo expresamente señalado en el art. 4. f) del EBEP de 2007.

<sup>27</sup> Añeja expresión, un tanto sobrepasada por la realidad, que aún figura, como impeditiva de la gestión indirecta de servicios, en el artículo 251.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

<sup>28</sup> Disposición Adicional Segunda, 1.1.

<sup>29</sup> Disposición Adicional Segunda, 1.2. Curiosamente, como ya ocurría en la Ley 7/1985, la función de recaudación no aparece dentro de las más amplias atribuciones reservadas, globalmente, a los funcionarios en el número anterior.

<sup>30</sup> *Derecho de la Función Pública cit.*, edición de 2008, pág. 67.

nación al desarrollo del mismo. Sin embargo, tal remisión, limitada a la clase de funciones referida, no puede estimarse incondicionada o carente de límites pues en el propio precepto se disponen los criterios o parámetros que han de inspirar en su desarrollo la determinación de las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios, cuales son la garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública. Criterios que, aunque genéricos en su formulación, poseen un contenido que es susceptible de ser delimitado en cada caso en concreto en atención a las características de la función o puesto de trabajo del que se trata [...] Hay que concluir, pues, que el art. 92.2 LBRL no vulnera la reserva de Ley que establece el art. 103.3 CE, debiendo ser desestimadas en este extremo las presentes cuestiones de inconstitucionalidad, sin que a tal conclusión pueda oponerse la valoración más positiva que por la Sala proponente le merece la técnica utilizada por el legislador al dar en la Ley 23/1988, de 28 de julio, nueva redacción al art. 15.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que la empleada al redactar el art. 92.2 LBRL, pues el juicio de constitucionalidad no es un juicio de técnica legislativa, ni el Tribunal Constitucional es Juez de la corrección técnica (SSTC 109/1987, de 29 de junio, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 2)».

Pero el legislador ordinario del EBEP sí debió entender que era más correcto técnicamente no utilizar conceptos jurídicos indeterminados o cláusulas residuales con lo que, a la postre, reservó al ámbito funcional local un menor número de funciones que en las demás administraciones propiciando, quizá paradójicamente, una mayor presencia de personal laboral.

### 3. Funcionarios y estructuras organizativas locales

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Modernización del gobierno local, al introducir un nuevo artículo 85 bis en la ley 7/1985, impuso que en las entidades públicas empresariales locales el secretario del Consejo de Administración ha de ser un funcionario al que se exija para su ingreso titulación superior y que ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal. La misma Ley, a propósito de los municipios de gran población, reserva al «secretario general del Pleno», que ha de ser un funcionario con habilitación estatal y equiparado a los órganos directivos, la redacción y custodia de las actas, la supervisión y autorización de ellas con el visto bueno del Presidente, al igual que en el caso de la potestad certificante, la asistencia al Presidente, la comunicación, publicación y ejecución de los acuerdos y el asesoramiento legal al Pleno y a las comisiones, que será preceptivo cuando lo solicite el Presidente o un tercio de los miembros con antelación suficiente; siempre que se exija para la aprobación de un asunto mayoría cualificada, cuando una ley así lo exija en materia de competencia plenaria y cuando, en las funciones de control y fiscalización de los órganos de gobierno, lo solicite el Presidente o la cuarta parte de los concejales (art. 122.5 LBRL).

Diversamente, como es sabido, la Secretaría de la Junta de Gobierno Local corresponde a uno de sus miembros que sea concejal, aunque existirá un órgano de apoyo al frente del cual habrá un funcionario con habilitación estatal (art. 126.4 LBRL).

También en los municipios de gran población, sin perjuicio de las funciones reservadas al secretario del Pleno, habrá una asesoría jurídica para asistir al Alcalde cuyo titular,

nombrado y separado por la Junta de Gobierno Local, habrá de ser licenciado en Derecho y ostentar la condición de funcionario de administración local con habilitación estatal o funcionario del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales a los que se exija para su ingreso el grado de doctor o licenciado (art. 129 LBRL).

El titular o titulares del órgano u órganos de gestión económica y presupuestaria (contabilidad, tesorería y recaudación) habrá o habrán de ser funcionarios locales con habilitación estatal, salvo el del órgano que desarrolle funciones de presupuestación (art. 134). Idénticamente, a este tipo de funcionariado le corresponde en exclusiva la función interventora radicada en el órgano responsable del control y la fiscalización interna (art. 136 LBRL).

### III. RECORDATORIO SOBRE LO BÁSICO EN EL ÁMBITO LOCAL

#### 1. Situación previa a la Ley 7/2007: principios generales y admisión de excepciones

Sabido es que la Constitución no otorga expresamente al Estado la competencia para aprobar una ley básica general sobre régimen local. Es cierto que la norma fundamental remite a la ley, genéricamente, *la forma* de materializar la elección de los concejales o las condiciones en que proceda el concejo abierto (art. 140). Pero ni siquiera dice que esa ley haya de ser estatal,<sup>31</sup> por más que, en el primer caso, las elecciones locales se contemplen dentro del «régimen electoral general», reservado por el artículo 81.1 CE a una ley orgánica. Tipo de norma a la que se refiere el artículo 141.1 para hacer factible la alteración de los límites provinciales. En fin, la Constitución también prevé que la ley, sin más precisiones, atribuya funciones a las Corporaciones Locales para las que deberán disponer, en sus Haciendas, de los medios suficientes (art. 142).

Es más, la alusión única a una «legislación sobre régimen local» de carácter general y necesariamente estatal, la encontramos en el artículo 148.1.2, donde se contemplan dos supuestos concretos: la asunción estatutaria de las competencias para «las alteraciones de los términos municipales» del territorio de cada Comunidad Autónoma y las funciones, normalmente de cooperación y supervisión, que «correspondan a la Administración del Estado sobre las Comunidades Autónomas y cuya transferencia autorice a favor de las Comunidades Autónomas la referida legislación sobre Régimen Local».

Inversamente, en el artículo 149 CE, el atinente a las competencias exclusivas del Estado, no hay mención alguna a las entidades locales. De ahí que, una vez más, el artículo 149.1.18 se haya convertido en la tabla de salvación del legislador básico, al atribuir al Estado la facultad de dictar «las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas», lo

<sup>31</sup> Como también ocurre con la ley que regule el régimen jurídico de los bienes comunales (art. 132.1 CE). En tal sentido y pese a las actuales previsiones estatales (arts. 79 y 80 LBRL; arts. 75 y 78 TRRL y Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio), el Estatuto de Cataluña, de 19 de julio de 2006, en su art. 160.1.c), declara la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre «el régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos».

que sin duda concierne a los entes locales, así como «del régimen estatutario de sus funcionarios», al que también se había referido el artículo 103.3 («la ley —por tanto estatal— regulará el estatuto de los funcionarios»). El artículo 149.1.18ª CE sigue suministrando argamasa a la construcción de una atribución básica sobre municipios y provincias: la garantía del tratamiento común de los administrados (aquí no se utiliza el término *ciudadanos*), el procedimiento administrativo común, que regirá la praxis cotidiana de Ayuntamientos y Diputaciones, las bases de la contratación y de las concesiones administrativas, que tan de lleno entran en el giro o tráfico peculiar de los entes locales, la legislación expropiatoria, tan conectada al urbanismo y el sistema de responsabilidad patrimonial.

Por tanto parecía claro que de la misma manera que las Comunidades Autónomas iban a ser responsables del mapa local y sus alteraciones y corresponsables de la asistencia y control de municipios y provincias, el Estado regularía el régimen jurídico (en parte en una ley local y, en parte, en una general) de las entidades locales y del personal a su servicio, así como las garantías procedimentales comunes, tanto en la propia ley local como en la de Procedimiento administrativo. Y lo mismo puede decirse de los demás campos citados en el artículo 149.1.18ª CE, a los que hay que unir, como ya se dijo, el régimen electoral y la previsión del concejo abierto, así como la normativa local sobre Haciendas Locales y su consiguiente financiación.

El ámbito del empleo público, con un modelo constitucional preferencialmente estatutario (STC 99/1987 de 11 de junio), es por tanto una de las pilastras con las que el Estado pudo edificar una legislación básica sobre lo local; en la Ley 7/1985, de 2 de abril (Título VII), pero también en la Ley 30/1984, de 2 de agosto y en otras disposiciones sectoriales.

¿Hasta dónde llegaba la potestad reguladora estatal?, fue una cuestión a debatir en doctrina. Como sintetiza Martín Rebollo, una de las «interpretaciones limitaba la competencia estatal a la regulación básica de los aspectos vinculados a la relación de servicio, dejando por consiguiente a las Comunidades Autónomas libertad organizativa en orden a la estructuración y modelo de su propia función pública»<sup>32</sup>. Diversamente, otra interpretación, que acogerá el Tribunal Constitucional, no solo incluirá en la competencia estatal «los aspectos básicos de la situación personal de los funcionarios; es decir de la denominada relación de servicio, contenido indiscutible del régimen estatutario sino, también, los aspectos esenciales de la organización de la burocracia de las Administraciones Públicas» (STC 76/1983, de 5 de agosto), por su conexión con «el régimen jurídico» de todas las Administraciones Públicas.

Como es sabido, la STC 76/1983 limita la competencia exclusiva estatutaria «instituciones de autogobierno» a «Asamblea Legislativa, Consejo de Gobierno y Presidente», al entender que «la potestad organizatoria que corresponde a las Comunidades Autónomas para ordenar sus servicios, de los que el personal es uno de sus elementos integrantes, no deriva de la norma estatutaria, cuando se refiere a sus instituciones de autogobierno, sino

<sup>32</sup> Luis Martín REBOLLO, *Leyes Administrativas*, 14ª edición, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 1414-1416.

de la competencia por ellas asumida respecto a la organización de sus propias Administraciones y en esta materia cada Comunidad Autónoma ha de respetar, en cualquier caso, las bases que, de acuerdo con el artículo 149.1.18ª CE corresponde fijar al Estado».

Las SSTC 27/1987, de 27 de febrero; 214/1989, de 21 de diciembre [enjuicia la LBRL] y 109/1998, de 21 de mayo, permiten excepciones a la regla de homogeneidad que acompaña a la regulación básica sobre régimen local, anclada, por cierto, en ese no muy robusto sustento del «régimen jurídico de las Administraciones Públicas». Partiendo de que la «fijación de estas condiciones básicas no pueden implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales de todo el Estado [...] ya que la potestad normativa de las Comunidades Autónomas no es en estos supuestos de carácter reglamentario» (STC 32/1981, FJ 5), «los Estatutos de Autonomía establecen disposiciones específicas en materia de régimen local, atribuyendo a las respectivas Comunidades Autónomas, dentro del marco establecido por la legislación estatal, ciertas competencias en sus relaciones con las entidades locales ubicadas en su territorio» (STC 27/1987, FJ 3, caso Diputaciones valencianas). Pero el régimen general básico —incluido el competencial regulado de acuerdo al art. 149.1.18ª CE— «ha de ser respetado a no ser que, en algún aspecto concreto, su inaplicación resulte expresa e inequívocamente de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía de una determinada Comunidad, como una característica específica de la misma» (STC 27/1987, FJ 9). Es decir, un hecho diferencial estatutario puede desplazar la regulación básica uniforme. Y con más motivo, cuando esa peculiaridad *está fundada* y deriva de un reconocimiento expreso del texto constitucional, caso de la Disposición Adicional 1ª, con respecto a las instituciones forales de los Territorios Históricos. «Se comprende, de este modo, que esa garantía constitucional comporte un tratamiento normativo singular propio de ese régimen local y ello aun frente a los poderes centrales del Estado», titulares de las competencias de regulación básica (STC 214/1989, FJ 26). En resumen, señalará la STC 109/1998, recogiendo la doctrina anterior

no empecé en absoluto a dicha noción [bases como regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación] el hecho de que, junto al régimen básico aplicable a la generalidad de las Comunidades Autónomas, coexistan situaciones particulares; aunque, como es palmario, estas excepciones precisan ineludiblemente, bien una expresa habilitación constitucional [...], bien —como sucede en nuestro caso— un específico anclaje estatutario» (FJ 5, tema Plan Único de Obras y Servicios de Cataluña).

## 2. El EBEP en el contexto de los nuevos Estatutos de Autonomía

### Con independencia de estas excepciones, según la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público:

La legislación básica ha de prever los instrumentos que faculden a las diferentes Administraciones para la planificación y ordenación de sus efectivos y la utilización más eficiente de los mismos [...] Esta legislación debe tener en cuenta el amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar durante las últimas décadas. En virtud de él, la Administración General del Estado es, de los tres niveles territoriales de gobierno, la que cuenta en la actualidad con menor número

de empleados [...] En paralelo, la emergencia de las Administraciones autonómicas, que hoy cuentan prácticamente con la mitad de los empleados públicos del país, ha hecho aflorar sus propios problemas y necesidades de gestión de personal. Algo semejante puede decirse de las entidades locales, que presentan por lo demás hondas diferencias entre ellas, en las que el número de empleados ha experimentado también un importante crecimiento.

Quiere eso decir que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes. Por tanto, la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.

Junto al importante reconocimiento de la «propia política de personal» de cada Administración, la mención a los nuevos Estatutos autonómicos tampoco es baladí ya que, en los mismos, no es difícil encontrar referencias expresas y sumamente ambiciosas —tal vez demasiado— a la distribución competencial sobre función pública y, particularmente, sobre el empleo público local, aun cuando se diga salvar el principio de autonomía local. Tal es el caso del Estatuto de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, cuyo artículo 136<sup>33</sup> establece

Corresponde a la Generalitat, en materia de función pública, respetando el principio de autonomía local:

La competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas y sobre la ordenación y la organización de la función pública, salvo lo dispuesto en la letra b).

La competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal.

Similarmente, el artículo 76 del Estatuto de Andalucía<sup>34</sup>, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, señala

## 1. En materia de función pública corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en los términos del artículo

<sup>33</sup> Al que ya se refiere en su texto preambular el Decreto 195/2008, de 7 de octubre, por el que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las entidades locales de Cataluña.

<sup>34</sup> En relación con el art. 47.2.1<sup>a</sup> del mismo.

149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución.

2. Corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de función pública y personal al servicio de la Administración, respetando el principio de autonomía local:

- a) La competencia exclusiva sobre la planificación, organización general, la formación y la acción social de su función pública en todos los sectores materiales de prestación de los servicios públicos de la Comunidad Autónoma.
- b) La competencia compartida sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones andaluzas.
- c) La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, sobre la adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal.

El Estatuto de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, en su artículo 76.13.<sup>a</sup> tipifica como competencia compartida de la Comunidad el «régimen estatutario de los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Aragón y de su Administración Local y las especialidades del personal laboral derivadas de la organización administrativa y la formación de este personal». Previamente, el Estatuto de las Islas Baleares (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero), había incluido en su artículo 31, dentro de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución el «Estatuto de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma y de la administración local». Diversamente, el pionero Estatuto de la Comunidad Valenciana (aprobado por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril), en su artículo 50.1 se limita a contemplar el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen estatutario de los funcionarios de la Comunidad, sin previsión concreta del personal de otras administraciones. El Estatuto de Castilla y León<sup>35</sup>, pese a su cuidada regulación del régimen local, no hace previsión alguna al funcionario al referirse, en su artículo 71 a las competencias de desarrollo normativo y de ejecución.

Esta diversidad relativa de tratamientos lleva a la Ley estatal 7/2007 a entender «que las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución».<sup>36</sup>

El texto alude a la disparidad estatutaria, a las posiciones singulares que pueden primar, como vimos, sobre la homogeneidad básica y, en concreto a competencias «exclusivas y compartidas». Como acabamos de ver lo que en Cataluña es exclusividad «sobre el régimen estatutario del personal» de las Administraciones del territorio, en Andalucía es más prudentemente competencia *compartida*. Lo que parece claro es que la eventualidad

<sup>35</sup> Aprobado por Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre.

<sup>36</sup> Disposición Final Segunda.

de 17 modelos competenciales en la materia conduciría a un caos de administración; a una gestión compleja y a la carta desde el Estado y a una notable inseguridad para los funcionarios, hipotéticamente interesados en la movilidad interterritorial.

### 3. Alusión al personal laboral y al de entidades no sometidas al Derecho Administrativo

Justificando la filosofía ampliadora de las atribuciones autonómicas, reductora de lo básico y posiblemente correctora, a la baja, de la concepción dual que, hasta la fecha, había ofrecido el Tribunal Constitucional<sup>37</sup> sobre las bases del estatuto funcionarial y el régimen jurídico de todas las Administraciones, la Exposición de Motivos del EBEP, dirá: «El Estatuto Básico del Empleado Público contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio».

Personal, este último, que pese a la opción preferencial del constituyente por el modelo estatutario (STC 99/1987, de 11 de junio), no puede quedar relegado a unas suma de funciones secundarias precisadas por las leyes ya que, en este punto, quizá contra la ortodoxia del sistema, se ha venido dando —y más, como dijimos, en el ámbito local— un incremento notable de los empleados sujetos al Derecho del Trabajo, favorecido por la aparición o configuración de tareas nuevas y específicas. Por ello, el EBEP, que en este punto parece no ser plenamente consciente de la declaración de exclusividad recogida en diversos Estatutos de Autonomía, afirma lo siguiente:

Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcionarial, reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas. En ese sentido, el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado.

En el intermedio quedan las situaciones a que alude la Disposición Adicional Primera: el personal del sector público estatal, autonómico o local de carácter no administrativo, al que luego nos referiremos. La Ley 7/2007, a diferencia de otras normas de los últimos años, no da su propia versión de lo que comprende la noción de «sector público»<sup>38</sup> y se limita, por exclusión, a las entidades que «no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica».

### 4. Alteración de proporciones en los distintos niveles territoriales del empleo público y movilidad

<sup>37</sup> Al declarar el propio EBEP, como dijimos, que cada Administración podrá tener “su propia política de personal”, aunque tal afirmación, corroborada por los distintos artículos de la Ley, no podrá llevar, por muy diversos condicionantes, a la elección de modelos de filosofía profundamente distinta y prescindir del tradicional de carrera, basado en los Cuerpos y Escalas funcionariales, a favor de un sistema puro de empleo o abierto (Cfr. L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes...*, cit. págs. 1375-1377).

<sup>38</sup> Caso del art.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público o del art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.



La función pública local ha experimentado, en efecto, un incremento significativo con el desarrollo del Estado de las Autonomías que quizá no se corresponde con la recepción de competencias nuevas en virtud del *pacto local*. Recordemos que, en 1986, el año del ingreso de España en lo que hoy es la Unión Europea, nuestro país era el que contaba con un menor porcentaje de funcionarios, entre la población activa, de toda la Comunidad: solo 12 de cada 100 trabajadores era funcionario. En el otro extremo se hallaba Dinamarca con un 28 por ciento de empleados públicos en el conjunto de los trabajadores. De ese exiguo porcentaje de entonces, a su vez, solo el 18 por ciento prestaba sus servicios en la Administración Local. En la actualidad, sobre una población que rebasa los 45 millones de habitantes con unos 20 millones de personas empleadas, en España prestan sus servicios casi dos millones seiscientos mil funcionarios y el porcentaje de los que trabajan en los ámbitos locales se ha elevado al 24,12. Los funcionarios estatales, en lógica regresión, suponen el 21,7 por ciento, los de las Comunidades Autónomas el 50,4 por ciento y los universitarios el 3,8 por ciento.

El problema, justamente, radica en la escasa permeabilidad interadministrativa, en lo que el artículo 84 EBEP denomina movilidad voluntaria de las Administraciones:

Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante Convenio de Conferencia Sectorial<sup>39</sup> [órgano que] podrá aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad.<sup>40</sup>

La limitación de la movilidad es un factor de desincentivación de los empleados públicos cuando no de empobrecimiento intelectual, caso de los funcionarios de los Cuerpos universitarios.

#### **IV. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN PROPIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL**

Sin pretender examinar, ni aún menos revisar, los estudios evolutivos en la materia, sí parece oportuno hacer un breve repaso de algunos de los pasos que, en casi dos siglos, forjaron la andadura y las características actuales de los empleados públicos locales. La importancia de la función pública en el ámbito municipal y provincial viene evidenciada por nuestro Derecho histórico más significativo. Así, como nos recuerda Iñaki Agirrezkuena-

<sup>39</sup> Figura prevista en los arts. 5.5 y 8 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

<sup>40</sup> El número 3 de este art. 84 precisa que "los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración Pública a través de los procedimientos de movilidad quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas. En los supuestos de cese o supresión del puesto de trabajo, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración".

ga<sup>41</sup>, ya el artículo 320 de la Constitución de Cádiz, aprobado por unanimidad, señalaba que «habrá un secretario en todo Ayuntamiento, elegido por este a pluralidad absoluta de votos y dotado de los fondos del común». Similarmente, se preveía en el artículo 333 la figura del secretario de la Diputación provincial y previamente, el artículo 321, al desgajar las atribuciones municipales, se refería a «la administración e inversión de los caudales de propios y arbitrios conforme a las leyes y reglamentos, con el cargo de nombrar depositario bajo responsabilidad de los que le nombran».

Inmediatamente, un Decreto de 23 de mayo de 1812, de formación de los Ayuntamientos constitucionales, dispuso el cese de todos los regidores y demás oficios perpetuos (prohibiéndose en el futuro los «asesores con nombramiento y dotación fija»), previéndose ya la figura del secretario municipal, que lo sería también de la Junta de Electores y, poco más tarde, el Decreto de 22 de agosto del mismo año ordenó el cese de «los Escribanos que hasta ahora se han conocido como Escribanos de Ayuntamiento», que serían sustituidos por secretarios elegidos por pluralidad de votos. Previamente, el 10 de julio, un Decreto aclaratorio instado por el Gobernador de la Isla de León, además de referirse al cese de los cargos perpetuos, precisaba que «para ser elegido Secretario de Ayuntamiento, conforme al artículo 320 de la Constitución, no es necesaria la calidad de Escribano». La secretaría municipal se convierte en un puesto de libre elección y remoción por la Corporación, que retribuirá a su titular con cargo a sus fondos, desapareciendo así el régimen arancelario.

El Decreto CCLXIX, de 23 de junio de 1813, aprobando la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias, imponía, no obstante, una cierta tutela de las Diputaciones y, en materia retributiva también del Gobierno, al señalar en su artículo XXI

el secretario del Ayuntamiento, que no ha de ser ninguno de sus individuos, a menos que la cortedad del vecindario sea un obstáculo a juicio de la Diputación provincial, podrá ser removido por el Ayuntamiento cuando lo estime conveniente, con el consentimiento de la misma Diputación; y lo que esta decida sobre el particular, se tendrá por definitivamente resuelto y no se admitirá recurso alguno. Para variar la dotación que por reglamento o costumbre tenga el secretario, deberá el Ayuntamiento obtener la aprobación de la Diputación provincial y después deberá recaer la del Gobierno, sin cuya anuencia no podrá hacerse alteración de este asunto.

Por su parte, el Decreto XLV, de 3 de febrero de 1823, con la misma rúbrica del anterior, en los estertores del segundo periodo liberal, ratificará en su artículo 58 que «corresponde a cada Ayuntamiento la elección de un Secretario a pluralidad absoluta de votos y dotado de los fondos del común». Pero se añade algo de sumo interés, a efectos de las garantías en la provisión:

Cuando se haya de hacer dicha elección se publicará la vacante, con señalamiento

<sup>41</sup> Origen de los funcionarios locales de habilitación estatal: Los cuerpos nacionales, IVAP, Bilbao, 1996, pág. 21.

de término, para que puedan concurrir los pretendientes que deberán tener las calidades prevenidas para los demás empleados públicos, prefiriendo en igualdad de circunstancias a los que gocen algún sueldo que pueda economizarse a favor del Erario nacional o de otros fondos públicos.

La disposición acentúa las facultades, en exclusiva, de la Diputación para aprobar la remoción de los Secretarios «sin lugar a otro recurso superior»<sup>42</sup> y permite, como luego se dirá, que, transitoriamente, sigan sirviendo como secretarios los antiguos «simples Escribanos numerarios», pero imponiendo incompatibilidad con los que lo fueran de Juzgados.

Este Decreto de 1823 detalla ya las competencias del Secretario (llevarza de libro de acuerdos foliado y sellado, custodia y metódica colocación de los expedientes, autorización de diligencias de carácter económico, firma de acuerdos y encomienda del Registro Civil<sup>43</sup>). Igualmente, se señala en el artículo 220 que «el Secretario de los Alcaldes en los asuntos político-gubernativos, es el mismo que el del Ayuntamiento con la dotación que se le señala por este concepto». En fin, el Decreto también se refiere al Depositario en su artículo 41.

Finiquitado el trienio liberal se produce, en el ámbito de la Administración estatal, el «Nuevo arreglo» de los empleados públicos del Reino, aprobado por Real Decreto de 3 de abril de 1828, siendo Ministro de Hacienda Luis López Ballesteros. Disposición a la que alude expresamente, como precedente memorable, la Exposición de Motivos del EBEP. La rudimentaria función pública local y la que servía a los Ministerios seguían caminos paralelos con líneas muy distantes.

Una regulación sistemática, aunque apenas novedosa de la figura del Secretario de Ayuntamiento «nombrado por este y dotado de los fondos del Común», la hallamos ya en el Real Decreto de 23 de julio de 1835 para el arreglo provisional de los Ayuntamientos del Reino.<sup>44</sup> Disposición que traslada la última facultad para su destitución al Gobernador civil, oída la Diputación. Sistemática que tratará de mejorar la Ley de Ayuntamientos sancionada el 14 de julio de 1840 mandada publicar reformada el 30 de diciembre de 1843,<sup>45</sup> cuyo artículo 90, a propósito del presupuesto municipal, declara obligatorios los gastos de oficina «y pago de sueldos a toda clase de empleados y dependientes que cobren de los fondos del común». Lo que reiterará la Ley de Organización y atribuciones de los Ayuntamientos, de 8 de enero de 1845 en su artículo 93, tras haber introducido, en el artículo 89, la importante garantía de que, para la separación del servicio de un secretario por la Corporación se requería la tramitación de un «expediente

<sup>42</sup> Art. 59,

<sup>43</sup> Art. 7. Véase el Capítulo I de nuestro libro *Ayuntamientos, Registro Civil y municipalismo funerario*, iustel, Madrid, 2008 y, en especial, las págs. 26 a 35.

<sup>44</sup> Título X, arts. 62 a 67. Para conocer las atribuciones legales y praxis de los fedatarios municipales de la época, es indispensable la consulta del libro de Manuel Ortiz de Zúñiga, *Práctica de Secretarios de Ayuntamientos*, Imprenta y Librería de Sanz, Granada, 1843.

<sup>45</sup> Título XIII, arts. 84 a 87. Los secretarios no cesarán anualmente, se dice en el artículo 86, ni provocarán vacante salvo por «muerte, imposibilidad, renuncia, incapacidad legal o destitución pronunciada por el propio ayuntamiento», sin tutela alguna.

en que resulten los motivos de esta providencia». <sup>46</sup> Igualmente, el Jefe Político por causa grave podía suspender a los secretarios dando cuenta al Gobierno para la resolución definitiva «que convenga».

La Ley de Ayuntamientos de 5 de julio de 1856, cuatro años después de aprobado en el Estado el recordado Estatuto de Bravo Murillo, <sup>47</sup> regulará detalladamente la figura de Depositarios y agentes de la recaudación, <sup>48</sup> a la vez que exigirá en su artículo 173 que el preceptivo Secretario, pagado con fondos municipales, sea español, mayor de edad y se halle en pleno goce de los derechos civiles y no inhabilitado para los políticos, remitiéndose a una ley especial los estudios o condiciones académicas exigibles.

A propósito de la mayor edad y dando un salto de siglo y medio en el tiempo, cabe recordar cómo el EBEP de 2007, fija en los 16 años la edad de ingreso en la función pública (art. 56.1.c). Esta edad, también conocida por el Derecho Penal y en otras facetas del Derecho Administrativo, es la que pone límite a la enseñanza obligatoria (Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) con lo que es lógico que se facilite el acceso al empleo público y no solo al privado a partir de la misma. Naturalmente, este precepto no está pensando en los Grupos funcionariales con mayores exigencias de titulación. <sup>49</sup> El tema, en todo caso, no es novedoso ya que, hasta la fijación, mediante Real-Decreto-Ley 33/1978, de 16 de Noviembre, de la mayoría de edad en los 18 años, no era infrecuente el acceso a funciones públicas de menores de 21 años, de manera paradigmática en los Ejércitos. Como también es sabido, en Derecho Administrativo a los menores de edad se les reconoce, de ordinario, capacidad de obrar, <sup>50</sup> lo que viene a impedir el supuesto grotesco de un funcionario asistido de padre o madre o tutor para pedir un permiso o responder de una falta disciplinaria.

Retrocediendo nuevamente en el tiempo y sin pretensiones de exhaustividad histórica, hallamos la incompatibilidad entre funcionario del municipio o la provincia y el cargo de Diputado provincial en la Ley de 25 de septiembre de 1863. <sup>51</sup>

La Ley Municipal que se restaura por Decreto de 21 de octubre de 1868, tras la revolución liberal del mes anterior, colocará la regulación de los Secretarios en los artículos 97 a 110 y preverá que las vacantes sean anunciadas por el respectivo Ayuntamiento mediante edictos y en el *Boletín Oficial* provincial. A la *Gaceta del Gobierno* debían ir las vacantes de capitales de provincia y localidades de más de mil vecinos. El plazo de solicitud era de un mes (art. 100). Por otro lado, esta ley que incluye un amplio catálogo de supuestos de res-

<sup>46</sup> Cfr. Iñaki Agirrezkuenaga, *op. cit.* págs. 23 y sigs.

<sup>47</sup> Real Decreto de 18 de junio de 1852.

<sup>48</sup> Artículos 218 a 221. Diversamente, el Interventor era un regidor (arts. 223 y 226). Sobre la evolución de los Depositarios, véase Alejandro NIETO, "Historia y elegía de los Depositarios de fondos de Administración Local", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma*. Número 234, 1987, págs. 177 y sigs.

<sup>49</sup> Véase el art. 76 EBEP.

<sup>50</sup> Artículos 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>51</sup> Art. 24, 10 y 12, que se refiere respectivamente a los empleados públicos en activo servicio y a los que perciban sueldo de los fondos municipales o provinciales.

ponsabilidad «de los Ayuntamientos, de sus individuos y agentes», señalará con respecto a Depositarios y Agentes de la recaudación que «son responsables ante el Ayuntamiento; pero este lo queda, sin embargo, al Municipio civilmente, en caso de insolvencia de aquellos y salvos sus derechos contra los mismos» (art. 144).

La ley municipal de 20 de agosto de 1870 establecerá una rígida incompatibilidad, incluso para el desempeño interino, entre el cargo de Secretario y los de Concejal, Escribano o Notario, empleados activos de toda clase, contratistas y particulares que tengan compromisos o contratos<sup>52</sup> municipales, provinciales o estatales (art. 116). Aunque, posteriormente, se decía que la secretaría era compatible con cualquier otro cargo municipal y con sueldo por pensión, retiro o jubilación no superior a 1250 pesetas al año. La figura funcional del Archivero, de no estar dotada o cubierta, sería acumulada a las responsabilidades del Secretario, en tanto que, en la intervención, aparece un contador profesional y solo, de no existir el mismo en el Ayuntamiento, el Ayuntamiento elegiría a un regidor para tal menester (art. 148). Mientras que la destitución del Secretario exigía la mitad más uno de los votos del Pleno y comunicación del acuerdo al Gobernador civil y a la Diputación, la remoción de Depositarios y Agentes de recaudación era libre (arts. 117 y 149). Esa mayoría absoluta para cesar al Secretario se elevó, ya en la Restauración, a dos tercios, en el artículo 124 de la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877.

El mismo problema de la exigua retribución que podía esperarse en algunos pueblos, afectaba también a una función próxima y con estrechos parentescos históricos a través de la institución del Registro Civil: la fe pública judicial. Esas estrecheces económicas llevaron al artículo 497 de la Ley orgánica del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, a declarar la compatibilidad del cargo de Secretario del Juzgado municipal «con todo empleo y cargo público, cuyo desempeño sea conciliable con él, en las poblaciones que no lleguen a 500 vecinos». Diversamente, por encima de esa población, el puesto era rigurosamente incompatible «con todo empleo, cargo o comisión retribuidos por el Gobierno, por la provincia o por los pueblos».

De esta última previsión, podría colegirse fácilmente que, en los municipios que no llegaran al medio millar de almas, un funcionario retribuido por el Ayuntamiento —caso paradigmático del Secretario— podría simultanear el Consistorio y el Juzgado con su Registro. Pero la Ley Municipal, de 20 de agosto de 1870, como acabamos de ver, parecía vedar tal posibilidad al declarar incompatible la Secretaría del Ayuntamiento con la condición de empleado en activo de toda clase, con la excepción de los jubilados que no alcanzaran las referidas 1250 pesetas anuales.<sup>53</sup>

La filosofía de 1870 es, en gran medida, heredera del constitucionalismo gaditano y ya, en el citado Decreto XLV, de 3 de febrero de 1823, podía leerse en su artículo 61:

Los Escribanos de los juzgados de partido y los numerarios de los pueblos no podrán ser nombrados Secretarios de Ayuntamiento en lo sucesivo; y con respecto a

<sup>52</sup> Contratas, servicios y suministros.

<sup>53</sup> Artículo 116.

los que sirven en la actualidad ambos encargos, podrán continuar en ellos los que sean simples Escribanos numerarios de los pueblos; pero los que son Escribanos de los juzgados de partido deberán poner otro que sirvan a la escribanía, o elegirán entre esta y la Secretaría.

Aun así, volviendo a las previsiones de la legislación de 1870, no encontramos prohibiciones o declaraciones expresas de incompatibilidad hasta unos años más tarde y ya en la Restauración, cuando la modificada Ley Municipal, de 2 de octubre de 1877, había endurecido el régimen de compatibilidades de los Secretarios, prohibiéndoles expresamente el desempeño de cualquier «otro cargo municipal»,<sup>54</sup> aparecen hasta cuatro Reales Órdenes, en menos de tres años, negando la posibilidad de compaginar las secretarías del Juzgado y del Ayuntamiento. La de 10 de marzo de 1881,<sup>55</sup> refiriéndose a un funcionario *pluriempleado*, recordará lo siguiente:

La ley no prohíbe que se desempeñen simultáneamente las Secretarías de dos Ayuntamientos, porque no es necesaria semejante prohibición, que nace de la naturaleza misma de las cosas, dada la imposibilidad material de que un individuo cumpla bien a la vez en pueblos distintos las obligaciones anejas al empleo y mucho menos si, como en el caso presente, es también Secretario de los Juzgados municipales: y es que es innecesario para la resolución de este expediente tratar de la incompatibilidad de los cargos de secretario de Ayuntamiento y de Juzgado municipal, ya declarada en las Reales Órdenes de 15 de octubre de 1878, 31 de marzo de 1879 y 28 de octubre de 1880.

Dos décadas más tarde, el Reglamento de Secretarios de Ayuntamiento, aprobado por Real Decreto de 14 de julio de 1905, ratificará, en su artículo 28, la incompatibilidad entre el cargo de Secretario municipal y los de Notario, Escribano y Secretario de Juzgado.<sup>56</sup> Dicho Reglamento, aprobado tras la suspensión de su homónimo de 8 de agosto de 1902<sup>57</sup> y destinado a los secretarios de municipios de más de dos mil almas,<sup>58</sup> tuvo continuidad en el de 22 de agosto de 1916, reproducción, a su vez, del de 1902. Como

<sup>54</sup> Artículo 123.7, *in fine*.

<sup>55</sup> *Gaceta* del 5 de abril de 1881.

<sup>56</sup> Es del máximo interés el trabajo de Eliseu Toscas i Santamans y Ferran Ayala i Doménech, "Estado liberal y poder local en España. El papel de las incompatibilidades entre *empleos públicos* en la configuración del moderno secretario municipal: normas y prácticas", *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, volumen VII. Número 154, 2004, donde se analizan las incompatibilidades históricas entre el fedatario local y los cargos de concejal, notario y maestro de escuela, con referencias, también, al Derecho italiano.

<sup>57</sup> Aprobado "*con carácter provisional*", a la espera de que, en sesenta días, los Ayuntamientos formularan observaciones o reparos y de que el Consejo de Estado emitiera un informe, que no se produjo, el reglamento se suspendió mediante Real Orden de 23 de diciembre de 1902 (*Gaceta* del 24 de diciembre). Véase la reconocida monografía de Iñaki Agirrezkuenaga, *Origen de los funcionarios locales de habilitación estatal: Los cuerpos nacionales*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996, págs. 38 y sigs. Igualmente, Antonio Martínez Marín, *Funcionarios locales con habilitación. Pasado, presente y futuro*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 70. Una obra clásica, indispensable en la consulta de la evolución seguida por los fedatarios locales, es la de Agustín Bullón Ramírez, *Historia del Secretariado de la Administración Local*, Abella-El Consultor, Madrid, 1968.

<sup>58</sup> Cfr. I. Agirrezkuenaga, *Origen de los funcionarios locales...*, cit., pág. 39.

ha señalado Martínez Marín, años más tarde, la Restauración «reconociendo el fracaso de estos intentos pretorianos contra Ley —formalmente publicados con carácter provisional y suspendidos en sus efectos— se despidió de este desafío municipal con un Real Decreto de 21 de junio de 1921»,<sup>59</sup> limitado a fijar reglas mínimas de dotación, supresión y destitución de los Secretarios.<sup>60</sup>

Huelga señalar que el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo, de 8 de marzo de 1924 creó el Cuerpo de Secretarios y supuso «por fin el espaldarazo para los secretarios, una vez vencida su relativa inestabilidad precedente»,<sup>61</sup> en lo que será el inicio de los Cuerpos nacionales, reglamentados, con inclusión de los Interventores, el siguiente 23 de agosto.

Debemos recordar que los funcionarios locales son citados por la Constitución de 9 de diciembre de 1931, en su artículo 41, al declarar la responsabilidad patrimonial subsidiaria del Estado o Corporación al que sirviera el funcionario supuestamente causante de un daño a terceros. Y el artículo 209 de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, influido por las previsiones de la Constitución de Weimar<sup>62</sup> de 1919, precisará que las entidades municipales responderán directa o subsidiariamente de los daños irrogados por la actuación de sus órganos de gobierno o funcionarios, respectivamente.

Aun la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950, a exactamente cuatro años de la proclamación de la responsabilidad objetiva de la Administración en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, distinguirá entre responsabilidad directa de la Corporación cuando no medie culpa o negligencia grave de Autoridades, funcionarios o agentes y subsidiaria si media la misma.

La Ley de Régimen Local, Texto Articulado y Refundido, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, ratificó la que ya era clara división entre funcionarios propios de la Corporación y funcionarios de Administración Local con Habilitación Nacional (incluidos los Directores de Banda de Música). Ley que, con la poda introducida por la STC 4/1981, de 2 de febrero y el imprescindible remozamiento derivado de la misma, estuvo sustancialmente vigente hasta la Ley 7/1985, de 2 de abril que vino a ser la norma básica que demandaba el artículo 149.1.18ª CE en lo tocante al estatuto de los funcionarios locales pero que, por su objeto, no era obviamente la norma que hubiera de fijar criterios básicos para todos los empleados públicos de las distintas Administraciones. En la práctica, esa función la cumplió, en parte, la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de

<sup>59</sup> Op. loc. cit.

<sup>60</sup> Más tarde, en plena Dictadura de Primo de Rivera, el 23 de agosto de 1924 y vinculado al Estatuto Municipal, de 8 de marzo anterior, un Real Decreto aprobaría el Reglamento de Secretarios e Interventores de fondos.

<sup>61</sup> Agirrezkuenaga, *op. cit.* Pág. 51, en la que cita un conocido texto de Jordana de Pozas.

<sup>62</sup> La Constitución del Imperio Alemán, de 11 de agosto de 1919, establecía en su artículo 131 que “si un funcionario, en el ejercicio del poder público que le está encomendado, infringiera sus obligaciones profesionales respecto a una tercera persona, la responsabilidad recaerá primariamente sobre el Estado o la Corporación a cuyo servicio se halle el funcionario, quedando reservada la acción contra este. No podrá ser excluida la vía judicial ordinaria...”.

la Función Pública y la llamada Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, a la que la STC 37/2002, de 14 de febrero no atribuyó carácter básico *por inferencia natural* al no haber sido expresamente declarados como tales sus preceptos por el legislador postconstitucional «ni poder inferirse dicho carácter de su posible consideración como complemento necesario de las normas básicas postconstitucionales». Y ello sin perjuicio de que el Estado ostentara competencia para regular esos contenidos y que la ley pudiera ser aplicada como normativa legítimamente supletoria. A ello habría que añadir que dicha norma de 1964, fue múltiples veces modificada por leyes postconstitucionales con pretensiones de aplicación a todas las Administraciones.

Diversamente, la STC 385/1993, de 23 de diciembre, había entendido que sí tenían carácter básico algunos preceptos sobre personal del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.<sup>63</sup>

## V. LO BÁSICO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL: UNA REGULACIÓN DISPERSA

### 1. Administración en sentido estricto y sector público local

En suma, en el momento presente, la regulación básica sobre la función pública local se reparte entre los contenidos del EBEP, la LBRL y, en parte, el TRRL. Todo ello sin perjuicio de las peculiaridades de los cuerpos de policías locales y de alguna previsión singular y esporádica de otras leyes, como la electoral.<sup>64</sup>

El EBEP, aun siendo de aplicación general a las Administraciones de las Entidades Locales, contiene muy escasas referencias específicas al régimen de estas entidades, lo que contrasta con las innumerables referencias o remisiones expresas a las Comunidades

<sup>63</sup> En la que se dice: “Parece correcto concluir que tanto sobre el legislativo como sobre el ejecutivo recae la carga, no una mera posibilidad sino deber, de calificar expresamente las normas que, a su parecer, tengan carácter básico como exigencia del principio de seguridad jurídica. En tal sentido hemos dicho no hace mucho que esa obligación «no solo pesa sobre el legislador o sobre la Ley votada en Cortes, que es el instrumento normal para la determinación de las normas básicas, sino también, según nuestra reiterada doctrina, sobre el Gobierno de la Nación cuando, con carácter excepcional, pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Decreto alguno de los aspectos básicos de una materia» y con mayor razón, por tanto, «cuando haya de regular mediante un Decreto Legislativo una determinada materia sobre la que el Estado tiene competencia para aprobar las normas básicas». En este último caso, el Gobierno no solo puede sino que debe establecer qué preceptos tienen naturaleza básica salvo, naturalmente, si se lo impidiera la Ley de delegación o pudiera deducirse que esta ha pretendido agotar por sí misma la regulación de los aspectos básicos de la materia» (STC 179/1992). En definitiva, no necesita el Gobierno una habilitación expresa para tal calificación, que es por tanto posible en cualquiera de las modalidades legiferantes contenidas en el art. 82 de la Constitución y sus límites han de buscarse en la propia delegación legislativa, explícita o implícitamente. Va de suyo, pues, que desde esa perspectiva formal la disposición final séptima, 1 a), del Texto Refundido no ha incurrido en «ultra vires», como tampoco los arts. 129, 145, 150, 158, 160, 410 y 414, a quien se dirige idéntico reproche” (FJ. 3).

<sup>64</sup> El artículo 11.4 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, dispone que “los Secretarios de los Ayuntamientos son delegados de las Juntas Electorales de Zona y actúan bajo la estricta dependencia de las mismas”.



Autónomas. Ello se explica, evidentemente, por las potestades legislativas de estas que, además, podrán detallar la función pública de unos entes locales tradicionalmente concebidos como autonomías meramente administrativas y no políticas. No en balde la reducción en la densidad o intensidad de lo básico, unida a las peculiaridades estatutarias, lleva a dejar una gran parte de la regulación de este campo para las Leyes de función pública de las Comunidades Autónomas, como señala el artículo 6 del EBEP.

Pero autonomía administrativa no significa ya identidad de entes locales con Administración en sentido estricto. La vieja idea corporativa de *vecinos gobernados por vecinos elegidos por los propios vecinos* se tambalea; muy significativamente en los municipios de gran población, tras la Ley 57/2003, de 16 de diciembre y la intrusión de no concejales en la Junta de Gobierno Local y en otros órganos. El artículo 85 ter y la Disposición Adicional 12 LBRL, que se han incorporado tras la citada Ley 57/2003 han creado un nuevo y más actual marco societario en el ámbito de los entes locales y los organismos públicos de los mismos. Sociedades locales que «se regirán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado».<sup>65</sup>

Cuando el artículo 2 EBEP, al precisar su ámbito de aplicación, se refiere «al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de [...] las Administraciones<sup>66</sup> de las Entidades Locales» no está incurriendo en redundancia: los municipios, provincias e islas son algo más que Administraciones con personal funcional y sometidas al Derecho Administrativo. Son parte del sector público con muy diversas personificaciones en organismos y sociedades;<sup>67</sup> miembros de consorcios y personificaciones mercantiles de capital mixto, de asociaciones; constituyen fundaciones, etcétera.

La Disposición Adicional Primera del EBEP confirma, a propósito del personal, esta interpretación al señalar que «los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica». Es decir, hay un sector público local que no puede entenderse incluido en *la Administración* de los entes locales, en el que destacan las personificaciones societarias.

Como recuerda Mercedes Fuertes, corresponde al Pleno, como máximo órgano local con competencias de organización, la competencia para aprobar la creación de sociedades

<sup>65</sup> Salvo en lo que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia o contratación.

<sup>66</sup> Las entidades locales quizá no sean ya, como se ha dicho, "Corporaciones", especialmente desde la Ley 57/2003, en los Municipios de gran población. Son entes territoriales que pueden participar en la creación de otras entidades locales no necesarias, que pueden constituir Administraciones Públicas instrumentales o institucionales y que, por el contrario, no en toda su organización son "Administraciones" ya que pueden formar o participar en la formación de sociedades mercantiles. A ese sector público local *no administrativo* le son de aplicación los principios contenidos en los artículos a que se refiere la Disposición Adicional Primera.

<sup>67</sup> Cfr. Francisco Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 7ª edición, 2008, págs. 134-218 y 323-345.

mercantiles, así como su modificación o extinción,<sup>68</sup> observando:

una diferencia hay que tener en cuenta en este régimen municipal, pues si bien con carácter general el acuerdo del Pleno ha de adoptarse con el voto de la mayoría absoluta de los concejales, en los municipios que se hayan acogido al régimen especial calificado de *gran población*, será suficiente que la aprobación se realice por mayoría e, incluso, el Pleno puede delegar esta competencia en una comisión.<sup>69</sup>

La Exposición de Motivos del EBEP, en el difícil calibrado del *mínimum común imprescindible*, señala, con carácter general, como ya vimos desde otra óptica, que «la legislación básica ha de prever los instrumentos que faculten a las diferentes Administraciones para la planificación y ordenación de sus efectivos y la utilización más eficiente de los mismos [...] sin impedir que cada Administración pueda configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes».

Pero el legislador es consciente de la huida del Derecho administrativo y reconoce que, actualmente, existe «una gradual multiplicación de las formas de gestión de las actividades públicas» en todos los niveles territoriales de gobierno, que persigue ofrecer un servicio diversificado y más eficaz a los ciudadanos. Para ello, «la organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas en aplicación de las Leyes y reglamentos, se ha fragmentado en una pluralidad de entidades y organismos de muy diverso tipo, dedicadas unas a la prestación de servicios directos a la ciudadanía y otras al ejercicio de renovadas funciones de regulación y control».

Esta diversidad de organizaciones ha redundado necesariamente en la heterogeneidad actual de los regímenes de un empleo público lo que, a criterio del legislador, la normativa general básica «no puede constituir un obstáculo ni un factor de rigidez. Antes al contrario, ha de facilitar e impulsar las reformas que sean necesarias para la modernización administrativa en todos los ámbitos». Y aunque a renglón seguido el legislador se refiere a la creciente presencia de personal laboral es obvio que se está refiriendo a la aludida huida del Derecho administrativo a través de personificaciones no administrativas. Justamente por ello, la Disposición Adicional Primera, a propósito del ámbito específico de aplicación, declarará, como vimos, que, al menos, los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 (deberes y código de conducta, principios éticos y de conducta, principios rectores de acceso y reserva de cupo a favor de personas con discapacidad)

<sup>68</sup> Arts. 22.2.f) y 123.1.k) LBRL.

<sup>69</sup> Mercedes Fuertes, *Grupos públicos de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 123. La facultades de delegación citadas se encuentran en los arts. 47.2.k) y 123. 2 y 3 LBRL. La autora se pregunta si el hecho de que la Ley 57/2003, al importar para las personificaciones gestoras locales el modelo *LOFAGE* omitiera la facultad del art. 62.f) de la Ley estatal para crear o participar en sociedades cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados, significa “que los organismos públicos locales no pueden ser cabeceras de un grupo d sociedades”. A su juicio, este cambio deliberado supone simplemente una afirmación de la reserva ordinaria al Pleno del acuerdo de creación o participación en una entidad mercantil, lo que “no impide la configuración de un grupo público de sociedades”. Máxime cuando la reforma de 2003 admite en varias ocasiones la participación accionarial en las sociedades de los organismos públicos locales (pág. 125).

serán de aplicación, también, a las entidades del sector público, incluido expresamente el local, que no tenga el carácter de Administración Pública.

Por tanto y, en resumen, el personal de entidades no administrativas del sector público local deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, debiendo actuar con arreglo a los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público (curiosamente, aunque la sociedad no gestione ninguno), transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres.

Por su parte, la entidad empleadora deberá reservar en las ofertas de empleo público un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, con el objetivo final de alcanzar, progresivamente, el dos por ciento de los efectivos totales de la empresa. Igualmente, deberán respetar en la selección, en general, de su personal, los principios constitucionales de igualdad, capacidad y mérito y los legales de publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de estos, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

## 2. Ordenación estatutaria y peculiaridades locales

La Exposición de Motivos del EBEP también afirma que en «la ordenación del empleo público, así como al sistema de estructuración del mismo en cuerpos, escalas, clases o categorías y a los instrumentos de clasificación de los puestos de trabajo», la nueva regulación —y filosofía— básica pretende ser escrupulosa con las atribuciones estatutarias de las Comunidades Autónomas, así como con «la autonomía organizativa de estas y de las Administraciones locales».

Para ello, «sobre la base de unos principios y orientaciones muy flexibles, la Ley remite a las Leyes de desarrollo y a los órganos de gobierno correspondientes el conjunto de decisiones que habrán de configurar el empleo público en cada Administración». Se apuesta pues, en esta nueva concepción revisionista y reductora de lo básico, por un cierto modelo propio de empleo público en cada Administración.

La peculiaridad de las entidades locales —haciendo abstracción aún de la presencia necesaria de funcionarios con habilitación de carácter estatal junto a los privativos de la Corporación—, lleva igualmente al legislador de 2007, inmediatamente después de concretar el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, a destinar un artículo —el tercero— al personal estatutario de las mismas.<sup>70</sup> Dicho precepto, breve, destina su primer número a decla-

<sup>70</sup> Miguel Sánchez Morón, en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, por él dirigidos, Lex Nova, Valladolid, 2ª edición, 2008, pág. 69, da cuenta de que el Informe de la Comisión de

rar que el personal funcionario de las entidades locales «se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local». La competencia estatal básica viene definida en el artículo 149.1.18ª CE y la aplicación, como parte que no agota tal regulación, del Estatuto a las Administraciones locales, ya se había afirmado en el artículo 2.1 de la propia Ley 7/2007, de 12 de abril. También la Exposición de Motivos, como se ha destacado, trata, al menos en declaración de principios, de ser respetuosa con la disparidad estatutaria que, a su vez, en todo caso pregona su respeto por la autonomía local reconocida en los artículos 137 y 140 CE.

El segundo número del artículo 3 del EBEP prevé la singularidad de los Cuerpos de Policía Local, que se registrarán «también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».<sup>71</sup>

Dicha Ley orgánica, ya preveía, en su artículo 53.3, la aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, a dichos Cuerpos policiales de las entidades locales.

## VI. COORDINACIÓN, COLABORACIÓN Y COOPERACIÓN

En la Exposición de Motivos, con respecto al que será Título VIII, se adelanta que «se establecen los órganos e instrumentos de cooperación entre las Administraciones Públicas que, sin merma de su respectiva autonomía, se consideran esenciales para garantizar la coherencia y comunicación del sistema de empleo público en su conjunto». Se destaca por el legislador la supresión del Consejo Superior de la Función Pública, al reconocer «la escasa operatividad que ha tenido este órgano», pero también porque las funciones de que fue dotado hace más de veinte años han sido ya sustituidas en la práctica por la actividad de los

---

Expertos creada en el M.A.P. para abordar el proceso de elaboración del Estatuto Básico, recomendaba que las peculiaridades del empleo público en la esfera local se tuvieran en cuenta, sin menoscabo de las garantías generales de acceso e imparcialidad en el ejercicio, en el EBEP. Ello, en razón de la dimensión y variedad de estas entidades y de las funciones que desarrollan. El legislador, como puede apreciarse, solo atendió muy parcialmente esta recomendación mediante algún precepto aislado, como veremos y alguna modulación en materia de negociación colectiva.

<sup>71</sup> El artículo 51.1 de dicha Ley Orgánica dispone que “Los municipios podrán crear cuerpos de policía propios, de acuerdo con lo previsto en la presente ley, en la *Ley de Bases de Régimen Local* y en la legislación autonómica”. En los municipios donde no exista policía municipal, los cometidos de esta serán ejercidos, según el art. 51.2, por el personal que desempeñe funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de guardas, vigilantes, agentes, alguaciles o análogos.

El art. 52.1 define a los Cuerpos de Policía Local como “institutos armados, de naturaleza civil con estructura y organización jerarquizada (...) Por lo que respecta al ejercicio de los derechos sindicales, y en atención a la especificidad de las funciones de dichos cuerpos, les será de aplicación la Ley que se dicte en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 2, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical”. En fin, el art. 53.3, adaptado a la regulación de 2003 para los municipios de gran población, prevé que podrán crearse en estos, por el Pleno de la Corporación, Cuerpos de funcionarios para el ejercicio exclusivo de las funciones de ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano. En ese caso, dichos funcionarios “no se integrarán en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en el ejercicio de esas funciones tendrán la consideración de agentes de la autoridad, subordinados a los miembros de los respectivos Cuerpos de Policía Local”.

órganos de coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y por las Mesas de Negociación. Como alternativa, en la Conferencia Sectorial de Administración Pública<sup>72</sup> y en la Comisión de Coordinación del Empleo Público se garantiza la presencia de una representación de la Administración Local, en un reconocimiento cuantitativo a que, «no en vano, integra en la actualidad aproximadamente la cuarta parte de los empleados públicos».

En esa línea, el artículo 99 EBEP dispondrá que las Administraciones Públicas actuarán y se relacionarán entre sí en las materias objeto del Estatuto de acuerdo con los principios de cooperación y colaboración, si bien con respeto al ejercicio legítimo por las competencias de cada una de ellas.

Como plasmación orgánica de dicha máxima, la Conferencia Sectorial de Administración Pública, sin excluir las atribuciones concretas de otras Conferencias u órganos análogos, se configura como órgano de cooperación general en materia de administración pública entre las Administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla, y de la Administración Local,<sup>73</sup> «que atenderá en su funcionamiento y organización a lo establecido en la vigente legislación sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas».

Dentro de esta Conferencia Sectorial de Administración Pública, la Ley crea la Comisión de Coordinación del Empleo Público como órgano técnico y de trabajo para hacer efectiva la coordinación de la política de personal entre las distintas Administraciones.<sup>74</sup> Sus integrantes serán los titulares de aquellos órganos directivos de la política de recursos humanos de las Administraciones estatal y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas —así como de las Ciudades de Ceuta y Melilla— y los representantes de la Administración Local designados por la Federación Española de Municipios y Provincias.<sup>75</sup>

Debe destacarse que aunque el EBEP hable de los principios de cooperación y colaboración interadministrativa, la Conferencia Sectorial solo parece atender al primero, tal vez porque la colaboración —aunque imperfecta pues no están presentes necesariamente las Comunidades Autónomas<sup>76</sup>— se sigue reservando a la Comisión Nacional de Admi-

<sup>72</sup> Se precisa, al respecto que “la mayor autonomía de que cada Administración debe disponer para la ordenación y gestión de su personal, en los términos de este Estatuto, ha de ser complementada por una cooperación más intensa entre todas ellas, al efecto de resolver los numerosos problemas comunes, en beneficio de los ciudadanos y del conjunto de los empleados públicos”.

<sup>73</sup> “Cuyos representantes serán designados por la Federación Española de Municipios y Provincias, como asociación de entidades locales de ámbito estatal con mayor implantación” (art. 100 EBEP).

<sup>74</sup> Concretamente, le corresponde impulsar las actuaciones necesarias para garantizar la efectividad de los principios constitucionales en el acceso al empleo público; estudiar y analizar los proyectos de legislación básica en la materia y emitir informe sobre cualquier otro proyecto normativo que las Administraciones Públicas le presenten y, en fin, elaborar estudios e informes sobre el empleo público, que se remitirán a las Organizaciones Sindicales presentes en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas.

<sup>75</sup> En los términos que se determinen reglamentariamente, previa consulta con las Comunidades Autónomas.

<sup>76</sup> A las reuniones de la Comisión podrán acudir representantes autonómicos cuando sean convocados por el Presidente (art. 117.3 LBRL). Tras la reforma operada por Ley 57/2003, de 16 de diciembre, se ha

nistración Local, definida por el artículo 117 LBRL como el órgano permanente para la colaboración entre la Administración General del Estado y la Administración Local. La Comisión está formada por un número igual de representantes de las entidades locales y de la Administración General del Estado y presidida por el titular del Ministerio de Administraciones Públicas<sup>77</sup>, y es que entre las importantes materias en las que corresponde a la Comisión emitir informe,<sup>78</sup> se encuentran los Anteproyectos de Ley y proyectos de disposiciones administrativas de competencia del Estado en cuanto que afecten a la Administración local, tales como el «régimen estatutario de sus funcionarios».<sup>79</sup>

Otra previsión, más modesta y concreta, en este caso de cooperación, con ribetes tutelares ante la escasez de medios de algunos municipios, la encontramos, a propósito de los Registros de personal y Gestión integrada de recursos humanos, en el artículo 71 EBEP, donde tras ordenar que cada Administración Pública constituya un Registro en el que se inscriban los datos relativos al personal, detallando las peculiaridades de determinados colectivos y, potestativamente, la información agregada sobre los restantes recursos humanos de su respectivo sector público, cuyos contenidos mínimos comunes<sup>80</sup> se fijarán por Convenio de Conferencia Sectorial,<sup>81</sup> se añade que «cuando las Entidades Locales no cuenten con la suficiente capacidad financiera o técnica, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas cooperarán con aquellas a los efectos contemplados en este artículo».

## VII. ALGUNAS NOVEDADES TRAÍDAS POR EL EBEP A LA FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL

### 1. Estatuto y normativa básica preexistente

El Estatuto Básico apenas ha incidido en las líneas maestras clasificatorias del personal de las entidades locales de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local,<sup>82</sup> cuyo artículo 89 distingue entre funcionarios de carrera, contratados en régimen de

---

potenciado esta colaboración a tres bandas, al perverse en el nuevo art. 120 bis que “el Estado impulsará la colaboración con las comunidades autónomas con el fin de crear órganos de cooperación conjuntos en materia de régimen local, tanto bajo la forma jurídica de Conferencia Sectorial como de otra naturaleza, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común”.

<sup>77</sup> La designación de los representantes de las entidades locales corresponde en todo caso a la asociación de ámbito estatal con mayor implantación; es decir, a la Federación Española de Municipios y Provincias.

<sup>78</sup> En momentos en los que existe un debate político en torno a la disolución de Ayuntamientos, debe recordarse que esta Comisión debe informar previamente en los supuestos en que el Consejo de Ministros acuerde la aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 LBRL. La Comisión también puede solicitar de los órganos constitucionalmente legitimados para ello la impugnación ante el Tribunal Constitucional de las Leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas que estime lesivas para la autonomía local.

<sup>79</sup> Art. 118.1.A).a) LBRL.

<sup>80</sup> Así como los criterios que permitan el intercambio homogéneo de la información entre Administraciones.

<sup>81</sup> Con respeto a lo establecido en la legislación de protección de datos de carácter personal.

<sup>82</sup> Miguel Sánchez Morón, en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, cit., pág. 70, destaca que el propio art. 3.1 EBEP prevé que pueda existir otra legislación estatal aplicable al personal de las Administraciones Locales, con lo que dicho Estatuto no tiene por qué agotar —ni agota, ni deroga—

derecho laboral y personal eventual que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial. Partiendo de la dualidad funcional constituida por los antiguos habilitados de carácter nacional y los empleados propios de la Corporación, el artículo 100 LBRL declara de competencia de cada Corporación local la selección de estos últimos, aunque reservando a la Administración General del Estado la fijación reglamentaria de las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección y formación de tales funcionarios, así como —en clara conexión con el artículo 149.1.30ª CE—, los títulos académicos requeridos para tomar parte en las pruebas selectivas, así como los diplomas complementarios expedidos por el Instituto Nacional de Administración Pública o por sus equivalentes autonómicos, que puedan exigirse para participar en las mismas.

El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), tampoco parece derogado, en modo alguno,<sup>83</sup> cuando, con tintes didácticos, declara que son funcionarios de la Administración Local las personas vinculadas a ella por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo. Y, concretamente, dentro de estos, son funcionarios de carrera los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñen servicios de carácter permanente en una Entidad local, figuren en las correspondientes plantillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal del Presupuesto de las Corporaciones. Una definición descriptiva cuyo origen y cimentación doctrinal ya hemos visto.

El mismo Texto Refundido, partiendo de los dos tipos de funcionarios de carrera, prevé que los que no ocupen puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter *nacional* se integrarán en las escalas, subescalas, clases y categorías de cada Corporación, que quedarán agrupadas conforme a la legislación básica del Estado en los grupos que esta determine, de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso. Algo que tampoco se contradice en nada con el artículo 76 EBEP. La cuestión es si, dadas las atribuciones, incluso exclusivas, que algún Estatuto de Autonomía ha incorporado en relación con el régimen estatutario del personal al servicio de las distintas Administraciones públicas de un territorio, cobra más importancia, de cara a las Administraciones Locales, el que el artículo 75.2 EBEP precise, sin que ello sea una gran novedad, que «los cuerpos y escalas de funcionarios se crean, modifican y suprimen por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas».

Huelga decir que las Corporaciones locales quedan al margen de esta facultad innovadora, dependiendo fundamentalmente de sus Comunidades Autónomas, al carecer de potestad legislativa, por más que, en materias no menos sensibles que la función pública, como son la reserva de Ley en relación con las tasas y precios públicos<sup>84</sup> o la potestad

---

otras normas estatales, en principio básicas, sobre el empleo público en este ámbito

<sup>83</sup> Arts. 130 a 133.

<sup>84</sup> Véase la STC 233/1999, de 13 de diciembre (FFJJ. 10 y 18), en relación con la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales y actualmente, el Texto Refundido de la misma, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; particularmente sus artículos 12.2 y 15 a 17.

sancionadora,<sup>85</sup> la normativa, una parte de la doctrina y hasta el propio Tribunal Constitucional vengan sublimando el papel y la legitimidad de origen de los Plenos municipales.

Difícilmente puede encontrarse tacha, partiendo de premisas constitucionales, al artículo 133 TRRL cuando declara que el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local se ajustará a la legislación básica del Estado, sobre función pública. A lo sumo, cabrá añadir que esa legislación básica y los Estatutos de Autonomía, han dado un protagonismo nuevo a las Comunidades Autónomas que, en ningún caso, pueden obviar lo dispuesto en los artículos 23.2, 103.3 y 149.1.18ª CE. Y aún más pacífica es la aún vigente legislación local del Estado al prever que el régimen selectivo del personal «se establecerá teniendo en cuenta la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar, incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas», pues, de forma más precisa, viene a indicar lo mismo que el artículo 55.2.e) del Estatuto Básico de 2007.

El principio recogido en el artículo 134.1 TRRL de que «las convocatorias serán siempre libres» es perfectamente identificable con la expresión «los procesos selectivos tendrán

---

<sup>85</sup> La aptitud de las ordenanzas para tipificar infracciones y sanciones se contempló ya en los artículos 1.2 y 2.2 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en cuyo Preámbulo, en la línea mantenida por el profesor Alejandro Nieto, puede leerse que, en el ámbito local, las ordenanzas “son el instrumento adecuado (...) para proceder, en el marco de sus competencias a una tipificación de infracciones y sanciones”, aunque el Reglamento haya “considerado necesario mantener el referente básico del principio de legalidad, de modo que las prescripciones sancionadoras de las ordenanzas completen y adapten las previsiones contenidas en las correspondientes leyes” y ello sin olvidar “la autorizada línea doctrinal que sostiene que las ordenanzas locales, en tanto que normas dictadas por órganos representativos e la voluntad popular, so el equivalente en el ámbito local a las leyes estatales y autonómicas y tienen fuerza de Ley en dicho ámbito”. Posteriormente, la reforma de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, operada por Ley 10/1999, de 21 de abril, añadió un segundo párrafo al art. 29 para habilitar expresamente a las ordenanzas municipales para especificar los tipos legales de infracciones cuya sanción puede corresponder a los alcaldes. Más tarde la STC 132/2001, de 8 de junio (FJ 6), concluirá que “la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento”. Al abrigo de esta última sentencia, se produce la adición a la LBRL por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de un nuevo Título XI, sobre “Tipificación de las infracciones y sanciones por las entidades locales en determinadas materias” (arts. 139 a 141). Sobre esta cuestión, véase Alejandro Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 340 y sigs. También, el trabajo “La tipificación de infracciones y sanciones por las Entidades Locales”, de Gabriel Doménech Pascual, en *Revista General de Derecho Administrativo*. Número 6, 2004 y la voz “Ordenanzas municipales (Derecho sancionador)”, a cargo de Santiago Muñoz Machado, en el *Diccionario de Derecho Administrativo* por él dirigido, Tomo II, Iustel, Madrid, 2005, págs. 1744 a 1750. Más recientemente, Alejandro Huergo Lora, en su *Derecho Administrativo Sancionador*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 372 a 377, criticará esta relajación del principio de legalidad, apuntando a la desidia del legislador, particularmente autonómico, para prever y regular espacios que no deberían quedar, sin más, a merced de las ordenanzas locales. Los profesores García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, profundamente críticos con este entendimiento del principio de legalidad, al examinar la redacción de la Ley 57/2003 y advertir que incluye “una descripción básica de las conductas mismas” a precisar y especificar posteriormente por las ordenanzas de cada Ayuntamiento, concluyen que “Isasi se entendiera y aplicara, la nueva regulación podría aceptarse sin grandes escrúpulos” (*Curso de Derecho Administrativo*, II, 11ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 177).



carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia», del artículo 61.1 EBEP que, aunque no cuantifica la reserva para la promoción interna, «hasta un máximo del 50 por ciento de las plazas», puede leerse en el TRRL, la contempla, así como las medidas de discriminación positiva previstas en la propia Ley 7/2007.<sup>86</sup> A tal respecto, debe recordarse que ya antes de las ampliaciones competenciales de los Estatutos de Autonomía y de la previsión de leyes territoriales de función pública con contenidos generosos (art. 6 EBEP), era aplicable a las Administraciones Locales, en todo lo no expresamente previsto en la legislación específica, «la reglamentación que para el ingreso en la función pública establezca la respectiva Comunidad Autónoma, y supletoriamente, el Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado».<sup>87</sup>

Aun cuando, por respeto a la libertad terminológica de los legisladores autonómicos, el EBEP se refiera a «oferta de empleo público o instrumento similar»<sup>88</sup> y a «relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares»<sup>89</sup>, tal redacción no cambia las expresiones habituales y uniformes contenidas en los artículos 90.2 LBRL<sup>90</sup> y 130.2 TRRL, o en el artículo 91 LBRL. En cuanto al contenido, será difícilmente sostenible en el futuro, que el Estado se reserve, sin más, «las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación», cuando el EBEP se limita a señalar que las Relaciones de Puestos de Trabajo o instrumentos similares serán públicos y comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Pero sin concretar nada más, lo que parece lógico, al menos en lo tocante a los cuerpos y escalas y retribuciones complementarias, si se tiene en cuenta que, a las leyes de función pública de las Comunidades Autónomas les corresponde crear y modificar los cuerpos y escalas de funcionarios (art. 75.2 EBEP), lo que parece excluir una redacción tan prolija como la actual del TRRL<sup>91</sup> y fijar la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios<sup>92</sup> (art. 24 EBEP).

<sup>86</sup> Sobre las personas con discapacidad, véase el art. 59 del Estatuto.

<sup>87</sup> Art. 134.2 TRRL.

<sup>88</sup> Art. 70, en sus tres números.

<sup>89</sup> Art. 74.

<sup>90</sup> "Las Corporaciones locales formarán la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública.

Corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores".

<sup>91</sup> Arts. 167 a 175. Se detallan no solo las cinco Subescalas de la Escala de administración general (además afectadas por el art. 76 y la Disposición Transitoria Tercera EBEP), sino las Subescalas Técnica y de Servicios Especiales de la Escala de Administración Especial.

<sup>92</sup> Que atenderán, para su fijación, entre otros, a los siguientes factores: La progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera administrativa; la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo y el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que el

Huelga recordar, sobre este último aspecto, cómo, tras la plena entrada en vigor del EBEP,<sup>93</sup> las retribuciones básicas se limitarán a sueldo y trienios, lo que aparenta una variación destacable con respecto a lo señalado por el artículo 23.2.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, donde se incluían las pagas extraordinarias; precepto al que se venía remitiendo el artículo 153.1 TRRL. No obstante, el artículo 22.2 EBEP, aunque no sustantive este concepto ni precise todos sus ingredientes, declara que, dentro de las retribuciones básicas *están comprendidos los componentes de sueldo y trienios de las pagas extraordinarias*.

Ya nos hemos referido, en el recordatorio histórico, a la novedad de la edad mínima de ingreso en la función pública,<sup>94</sup> que afectará, en la práctica, solo al nuevo Grupo C2 del artículo 76 del Estatuto, pero, obviamente, afectará a las Administraciones Locales, de la misma manera que las Leyes de Función Pública, en cada Comunidad Autónoma, deberán determinar el régimen de solicitud de la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta los setenta años de edad, como máximo. Parecería lógico que, con respecto a los funcionarios con habilitación estatal fuere la normativa del Estado la que previera el ejercicio de este derecho de prórroga. Posteriormente, será la Administración a la que sirva el funcionario la competente para resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación.<sup>95</sup>

En fin, en el ámbito disciplinario, el TRRL de 1986 dividía drásticamente la tipificación de las faltas,<sup>96</sup> a efectos competenciales, en muy graves que habrían de ser tipificadas por la legislación básica de la función pública<sup>97</sup> y faltas graves y leves a establecer por la legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma, siendo supletoria la legislación de funcionarios civiles del Estado. Aunque la filosofía no ha variado, el EBEP, tras tipificar las faltas muy graves, indica que las graves serán establecidas por Ley de las Cortes Generales o de la Asamblea Legislativa de la correspondiente Comunidad Autónoma o por los convenios colectivos en el caso de personal laboral, atendiendo a las siguientes circunstancias: el grado en que se haya vulnerado la legalidad; la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos y el descrédito para la imagen pública de la Administración. Esas mismas Leyes de desarrollo habrán de determinar, atendiendo a las mismas circunstancias, el régimen aplicable a las faltas leves.<sup>98</sup>

---

funcionario desempeña su trabajo ; el rendimiento o resultados obtenidos y los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo.

<sup>93</sup> La previsión a la que aludimos está en el Capítulo III del Título III y conforme a la Disposición Final Cuarta EBEP, "lo establecido en los Capítulos II [Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna y evaluación del desempeño] y III [Derechos retributivos] del Título III, excepto el artículo 25.2 [reconocimiento de trienios por servicios prestados con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP], y en el Capítulo III [Provisión de puestos y movilidad] del Título V producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto".

<sup>94</sup> 16 años (art. 56.1.c EBEP).

<sup>95</sup> Art. 67.3 EBEP.

<sup>96</sup> Art. 147 TRRL.

<sup>97</sup> Se recogían en el art. 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública.

<sup>98</sup> Art. 95 EBEP.

En suma, y como ha señalado Ramón Salanueva Alcalde,<sup>99</sup> el estatuto Básico no parece afectar a los preceptos de la LBRL sobre selección y provisión de puestos de trabajo y, en cuanto al TRRL de 1986, habría que entender afectado por el artículo 18 EBEP el artículo 134 sobre requisitos de la promoción interna y, también, a regulación sobre nacionales de otros países (art. 135);<sup>100</sup> el artículo 135, al que ya aludimos, en materia de edad mínima de ingreso; el artículo 137, al exigirse ahora expresamente la publicación de los nombramientos<sup>101</sup> y el artículo 139 sobre la jubilación.<sup>102</sup>

Igualmente hay cambios apreciables en la regulación básica de las situaciones administrativas y singularmente en las excedencias y entre las posibles sanciones, el EBEP incorpora ahora el traslado forzoso y el demérito.<sup>103</sup>

## 2. Aplicación directa y aplicación inmediata de la nueva legislación a las entidades locales

Para el autor últimamente citado,<sup>104</sup> a la vista de la Disposición Final Cuarta y del examen detallado del articulado del EBEP, puede deducirse que ya son directamente aplicables al personal de las entidades locales:

Del Título I, los artículos 1, 3 y 7, sobre el objeto y ámbito de aplicación de la norma. El Título II, sobre las clases de personal, con algunas reservas en cuanto al personal directivo (art. 13), dado que sus funciones directivas profesionales deben ser definidas como tales en las normas de cada Administración y el EBEP encomienda esa concreción no a las normas de desarrollo sino a decisiones gubernativas del Estado y las Comunidades Autónomas, olvidándose, por cierto, de los Consistorios locales.<sup>105</sup> Del Título III, el capítulo I (derechos); del capítulo III, el artículo 25.2 (trienios de los interinos); el capítulo IV (derecho a la negociación colectiva), que incluye expresamente el reconocimiento de la legitimación negocial de las asociaciones de municipios, así como de las entidades supramunicipales (art. 34.2); el capítulo V (derecho a la jornada de trabajo, vacaciones y permisos, incluidos los motivados por la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y por razón de violencia de género y los días de libre disposición por antigüedad) y el capítulo VI (deberes y código de conducta). El Título IV (adquisición y pérdida de la relación de servicios) aunque a expensas de desarrollo en lo tocante a las condiciones especiales de la jubilación voluntaria y parcial y de prolongación de la relación de servicios hasta los setenta años y la Disposición Final tercera (sobre incompatibilidades).<sup>106</sup>

<sup>99</sup> En la obra colectiva *El estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Curso extraordinario dirigido por Venilde Bintanel Gracia, Universidad de Zaragoza, 2007, capítulo "Incidencia del EBEP en la normativa de la Administración Local", págs. 88 y 89.

<sup>100</sup> Por el art. 57 EBEP.

<sup>101</sup> Art. 62.1.b) EBEP.

<sup>102</sup> Afectado por los artículos 65 y 67.1.d) EBEP, que prevén la jubilación parcial.

<sup>103</sup> Art. 96.1.d) y e).

<sup>104</sup>, Obra últimamente citada, págs. 86 y sig.

<sup>105</sup> Op. ult. cit., págs. 90 y 91.

<sup>106</sup> Que el autor últimamente citado señala que ha de complementarse por la nueva redacción dada a la Disposición adicional decimoquinta LBRL por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

También podríamos hablar, con independencia de la vigencia inmediata o mediata, de preceptos del EBEP específicamente referidos al ámbito local (el artículo 2.1, el 3, las Adicionales 1ª y 2ª) y de referencias nominales a lo local, aunque insertables en una regulación general (las Mesas de Negociación y el protagonismo de la FEMP,<sup>107</sup> la movilidad funcional,<sup>108</sup> la Conferencia Sectorial de Administración Pública<sup>109</sup> o la situación de servicios especiales,<sup>110</sup> entre otras).

Idas y venidas de los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

Obviamente, el tema funcional local más llamativo, con tratamiento singularizado en la Ley 7/2007, de 12 de abril y un profundo cambio estatutario, fue el concerniente a los que la Ley pasó a denominar *funcionarios con habilitación de carácter estatal*,<sup>111</sup> cambiando la clásica adjetivación de *nacionales* de sus Cuerpos, a los que dedicó, casi íntegramente, la Disposición Adicional Segunda del EBEP, recientemente derogada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local

Actualmente, el artículo 92 LBRL, referido a los funcionarios al servicio de la Administración local, señala que estos «se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18ª de la Constitución». Y partiendo, dada la preferencia estatutaria del constituyente, de que con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario.

El mismo precepto añade que corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas, en la salvaguardia de los intereses generales y las que impliquen ejercicio de autoridad.<sup>112</sup>

<sup>107</sup> Artículos 33, 34.1 y 36.1 y 3 EBEP.

<sup>108</sup> Art. 84.1 EBEP.

<sup>109</sup> Art. 100 EBEP.

<sup>110</sup> Para cargos electivos, retribuidos y de dedicación exclusiva en las Entidades Locales (art. 87.1.f).

<sup>111</sup> Hasta el EBEP denominados "funcionarios con habilitación de carácter nacional". La Ley 7/2007 deroga los artículos 92, 98 y 99 LBRL y los artículos 158 a 166 TRRL, afectando radicalmente a la reglamentación aprobada al respecto por Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre. El régimen de provisión de las plazas de funcionarios locales con habilitación de carácter nacional ya había sido alterado por Real Decreto 731/1993, de 14 de mayo, a su vez derogado por Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, sobre provisión de puestos de trabajo reservados a Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional. Más modernamente, se aprobó el Real Decreto 834/2003, de 27 de junio, por el que se modifica la normativa reguladora de los sistemas de selección y provisión de los puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.

<sup>112</sup> Curiosamente, la misma Ley 27/2013 ha suprimido el número 3 del artículo 85 de la ley básica local, desapareciendo la limitación de la gestión indirecta para los servicios públicos *que impliquen ejercicio de autoridad*. Suprimida esta excepción de la ley, es defendible que no haga falta explicitar, partiendo de la disposición derogatoria, que la misma previsión, contenida en el artículo 43.1 del Reglamento de Servicios

Como se ha dicho, en el caso de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, estos vuelven a la ley básica local (artículo 92 bis), tras un periodo de más de cinco años en la Adicional Segunda del EBEP.

La redacción actual, que pretende reafirmar la autoridad e independencia de estos cuerpos a fin de un mejor control de la legalidad municipal, parte de que son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, la de Secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo y las de control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.<sup>113</sup>

Los méritos generales, de preceptiva valoración, se determinarán por la Administración del Estado, y su puntuación alcanzará un mínimo del 80 por ciento del total posible conforme al baremo correspondiente. Los méritos correspondientes a las especialidades de la Comunidad Autónoma se fijarán por cada una de ellas y su puntuación podrá alcanzar hasta un 15 por ciento del total posible. Los méritos correspondientes a las especialidades de la Corporación local se fijarán por esta, y su puntuación alcanzará hasta un 5 por ciento del total posible.

Existirán dos concursos anuales: el concurso ordinario y el concurso unitario. El concurso unitario será convocado por la Administración del Estado. Las Corporaciones locales con puestos vacantes aprobarán las bases del concurso ordinario, de acuerdo con el modelo de convocatoria y bases comunes que se aprueben en el real decreto previsto en el apartado anterior, y efectuarán las convocatorias, remitiéndolas a la correspondiente Comunidad Autónoma para su publicación simultánea en los diarios oficiales.

Las Comunidades Autónomas efectuarán, de acuerdo con la normativa establecida por la Administración del Estado, los nombramientos provisionales de funcionarios con habilitación de carácter nacional, así como las comisiones de servicios, acumulaciones, nombramientos de personal interino y de personal accidental.

El Estado, en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, contará con un Registro central de estos funcionarios, integrado con las Comunidades Autónomas y participa, en los casos más graves, en el ejercicio de la potestad disciplinaria.<sup>114</sup>

---

de 17 de junio de 1955, ha pasado también a mejor vida. Pero ¿qué sucede con el artículo 275.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de 14 de noviembre de 2011, no expresamente derogado por la Ley 27/2013? Se trata de un precepto básico, conforme a la Disposición Final segunda del propio Texto refundido. La falta de concordancia parece evidente y se plasma también, en este mantenimiento de la reserva funcional del artículo 92 LBRL. También corresponden únicamente al personal funcionario aquellas actividades que en desarrollo de la Ley, se reservan a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

<sup>113</sup> La escala de funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional se subdivide en las siguientes subescalas: a) Secretaría; b) Intervención-tesorería; c) Secretaría-intervención. Los funcionarios de las subescalas de Secretaría e Intervención-tesorería estarán integrados en una de estas dos categorías: entrada o superior.

<sup>114</sup> Son órganos competentes para la incoación de expedientes disciplinarios a los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional los siguientes:

La prolija Disposición adicional segunda de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre referida al régimen foral vasco, prevé, singularmente, que, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la normativa reguladora de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional se aplicará de conformidad con la disposición adicional primera de la Constitución, con el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la misma y con el Estatuto de Autonomía, teniendo en cuenta que todas las facultades previstas respecto a dicho personal serán ostentadas por las instituciones competentes, en los términos que establezca la normativa autonómica, incluyendo la facultad de convocar exclusivamente para su territorio los concursos para las plazas vacantes en el mismo, así como la facultad de nombramiento de los funcionarios, en dichos concursos.

Dentro de esta situación tan especial, el porcentaje de baremo reservado al Estado en el artículo 92 bis LBRL, se reduce del 80 al 65 por 100, atribuyéndose un 30 por 100 del total posible a las instituciones competentes de la Comunidad Autónoma del País Vasco para que fije los méritos que correspondan al conocimiento de las especialidades jurídicas y económico-administrativas que se derivan de sus derechos históricos y especialmente del Concierto Económico. Dentro del 5 por 100 restante, la Corporación Local interesada podrá establecer libremente los méritos específicos que estime convenientes en razón a las características locales.

La derogada Disposición Adicional Segunda EBEP, en su número 1.2, comenzaba, como ya dijimos más atrás, precisando las funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales y cuya responsabilidad administrativa está reservada a dichos funcionarios con habilitación de carácter estatal, que constituyen una escala con tres subescalas. Estas funciones, en la misma línea de la normativa que se deroga, son las de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo y las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, así como las atinentes a contabilidad, tesorería y recaudación.

---

a) El órgano correspondiente de la Corporación donde el funcionario hubiera cometido los hechos que se le imputan, cuando pudieran ser constitutivos de falta leve.

b) La Comunidad Autónoma respecto a funcionarios de corporaciones locales en su ámbito territorial, salvo cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves tipificadas en la normativa básica estatal.

c) El Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de faltas muy graves, tipificadas en la normativa básica estatal.

El órgano competente para acordar la incoación del expediente lo será también para nombrar instructor del mismo y decretar o alzar la suspensión provisional del expedientado, así como para instruir diligencias previas antes de decidir sobre tal incoación.

Por otra parte, son órganos competentes para la imposición de sanciones disciplinarias a los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional los siguientes:

a) El Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, cuando la sanción que recaiga sea por falta muy grave, tipificada en la normativa básica estatal.

b) La Comunidad Autónoma, cuando se trate de imponer sanciones de suspensión de funciones y destitución, no comprendidas en el párrafo anterior.

c) El órgano local competente, cuando se trate de imponer sanciones por faltas leves.

Como autorizadamente indicó Miguel Sánchez Morón,<sup>115</sup> el EBEP mutó «sustancialmente la condición de estos funcionarios que ahora son seleccionados por cada Comunidad Autónoma», a las que igualmente corresponde «regular ahora las bases de los concursos ordinarios, aunque haya también un concurso unitario anual que, con carácter supletorio y un tanto residual, convoca el Ministerio».

Excepcionalmente, para los municipios de gran población,<sup>116</sup> así como para las diputaciones provinciales, cabildos y consejos insulares, podrán cubrirse por el sistema de libre designación, entre funcionarios con habilitación de carácter estatal de la subescala y categoría correspondientes, los puestos a ellos reservados que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública. Esta previsión que ya estaba en el EBEP y cuyo origen se encuentra en la Ley 10/1993, de 21 de abril<sup>117</sup>, es ciertamente contradictoria «con las funciones de control y fe pública que realizan estos funcionarios y con las estrictas garantías de imparcialidad que es preciso acordarles».<sup>118</sup> No hay que olvidar, en una justa crítica a las modificaciones legales de los últimos años, que estos Cuerpos «nacieron para controlar desde dentro la legalidad de la actuación de los electos locales», por lo que las reformas «no benefician precisamente el ejercicio independiente, responsable y eficaz de esta labor».<sup>119</sup>

En suma, estamos asistiendo paulatinamente a una sustitución de la normativa reglamentaria del Estado por las disposiciones de las Comunidades Autónomas, salvo en aquellos puntos en que la propia legislación básica mantiene competencias ejecutivas en la Administración estatal.<sup>120</sup>

Queda por saber si esta nueva forma de habilitación mucho más autonómica<sup>121</sup> que estatal, si exceptuamos el temario mínimo y el registro funcionarial, va a traducirse, pese a la tímida reacción del legislador de 2013, en una merma de la objetividad e independencia de unos empleados llamados, desde hace casi un siglo, a defender la legalidad y a fiscalizar

<sup>115</sup> Derecho de la Función Pública, cit., págs. 76 y sig.

<sup>116</sup> Actualmente, la LBRL se remite al artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales que se refiere a municipios que sean capitales de provincia, o de comunidad autónoma, o que tengan población de derecho igual o superior a 75.000 habitantes, aunque no hayan sido declarados “de gran población” por el Parlamento autonómico.

<sup>117</sup> Como ya se ha dicho, este sistema fue declarado constitucional por la STC 235/2000, de 5 de octubre.

<sup>118</sup> M. Sánchez Morón, *Derecho de la función...*, cit., págs. 76 y sig.

<sup>119</sup> *Ibidem*. M. Sánchez Morón añade que la situación que se persigue con estas alteraciones estatutarias “solo se explica por el predominio de los intereses de los partidos políticos y sus bases locales y (...) reduce las garantías de control de unas entidades locales que, en el momento presente, no están sobradas de controles de legalidad precisamente”.

<sup>120</sup> Como resume M. Sánchez Morón en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico...*, cit., pág. 75. Es el caso de Cataluña, donde ya se ha expedido el Decreto 195/2008, de 7 de octubre, por el que se regulan determinados aspectos del régimen jurídico del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las entidades locales de dicha Comunidad Autónoma.

<sup>121</sup> El proyecto de Ley reguladora del EBEP remitido a las Cortes calificaba de autonómicos a estos funcionarios, en un cambio confesado que quedó más encubierto tras la tramitación parlamentaria.

internamente fondos y cuentas públicas.<sup>122</sup> El acierto o desacierto del legislador, en tiempos en los que la crisis económica ha dejado aún más al desnudo las flaquezas municipales, es algo más que una cuestión corporativa de Secretarios o Interventores. Pero el marco constitucional de un Estado compuesto impone en ocasiones, como es el caso, equilibrios complejos e inestables que pueden acarrear fisuras al desiderátum constitucional representado por los principios de sometimiento pleno a la ley, imparcialidad y eficacia.

---

<sup>122</sup> M. Sánchez Morón (*op. ult. cit.* pág. 74), recuerda cómo el Informe de la Comisión de Expertos creada en el antiguo Ministerio para las Administraciones Públicas para abordar el proceso de elaboración del Estatuto Básico, era partidario de regular este funcionariado en la legislación de régimen local y no en el EBEP por sus peculiaridades y porque las funciones de control interno, profesional e independiente que desarrollan, difícilmente pueden garantizarse en las pequeñas entidades locales, “si no es por medio de funcionarios de carrera dotados de un estatuto que proteja su imparcialidad”.





VI  
**BIENES MUNICIPALES**



# LAS VÍAS URBANAS Y EL TRANSPORTE DE PASAJEROS EN LAS CIUDADES PERUANAS

Por **ORLANDO VIGNOLO CUEVA\***

## Sumario

I. La estimación de las vías urbanas como elemento clave para el desarrollo del servicio de transporte en las ciudades. II. ¿Qué potestades y nociones nos hacen faltan en el ordenamiento nacional en referencia a las vías urbanas? III. Frente a la privatización de las operaciones del transporte urbano, es válido preguntarse si ¿existe liberalización de la infraestructura vial en las ciudades peruanas?

## I. La estimación de las vías urbanas como elemento clave para el desarrollo del servicio de transporte en las ciudades

Es menester señalar que cuando comencé la ampliación de esta investigación iniciada a mediados del año 2013, muchas imágenes y voces de cotidianidad venían a mi cabeza, todas ellas provenientes de una experiencia de vida que me ha permitido observar algunas cuantas realidades locales (desde las congestionadas ciudades del norte peruano, pasando por la situación harto compleja de Lima Metropolitana, hasta el relativo e innovador orden viario y vehicular que siempre ha mostrado la maña Zaragoza). En todos los ejemplos presentados entiendo existe un mínimo común denominador que permite realizar un balance jurídico de sus respectivos transportes urbanos, esto es, el *equilibrio o desequilibrio* que puedan mantener los operadores prestadores de este servicio frente a la infraestructura vial pública siempre limitada (pero expandible) que les sirve de soporte. Si se quiere, siguiendo lo planteado por Carbonell Porras, el éxito o fracaso de estas actividades de cara a los ciudadanos, por más sistema de libre mercado que las defina positivamente en su naturaleza (como sucede en nuestro Derecho), obliga y no impide «que puedan establecerse restricciones si existen desajustes entre la oferta y la demanda, un mercado equilibrado que se desajustaría si se aumenta la oferta, sea necesario para reestructurar la capacidad de las empresas o existan razones de política económica general ligadas a la mejor utilización de los *recursos disponibles*»<sup>1</sup>.

Así, el necesario traslado en clave jurídica de estos mosaicos y recuerdos me plantean abordar una tema de total actualidad, lleno de polémica que no presenta una atención

---

\* Doctorando por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Universidad de Piura. Abogado Asociado del Estudio Echeopar (Perú). Profesor de Contratos del Estado de la Universidad de Piura (Perú). Miembro de la Unión Iberoamericana Municipalista y de la Red Latinoamericana de Bienes Públicos.

<sup>1</sup> Carbonell Porras, Eloísa; "Transportes" en Vol. Col. *Tratado de derecho público aragonés*, Thomson-Reuters, Navarra, 2010, p. 1634.

debida desde nuestra literatura jurídica<sup>2</sup> y que bien podría resumirse en una serie de retos a ser *parcialmente* consolidados por parte del derecho administrativo, los cuales jamás deberán perder de vista el valor preponderante que tienen las infraestructuras y las redes de estas para definir el éxito de este sector en los tiempos actuales. Y digo todo esto, porque será finalmente una mezcla prudente de tecnología (ingeniería vial), con economía de recursos (principalmente aplicados sobre bienes demaniales municipales) y aplicación de la mejor y más dotada política, las que terminen definiendo lo que la ciencia jurídica-administrativa pueda plantearse como objetivos a acometer frente a una actividad que está puesta en el centro de la *objeción* pública peruana.

Sobre el particular, debe entenderse lo que muy bien afirmaba hace casi quince años Fernández-Rodríguez al referirse al papel *secundario* y *supeditado* del derecho de cara al servicio público y, que puede ser perfectamente trasladable a nuestro objeto de estudio (particularmente a la idea de convergencia de muchos factores extra-jurídicos que juntos permiten entregar soluciones reales a la sociedad). Decía el profesor español que el famoso servicio público «ha sido y es una técnica más, una técnica que pretende dar respuesta a una idea política que también denominamos, por cierto, con esa misma expresión [...] Eso es lo que acabamos de descubrir, lo que el derecho comunitario y el proceso de liberalización que en este escenario se ha puesto en marcha a favor de una nueva *convergencia de los factores ideológicos, económicos y tecnológicos antes aludidos han puesto delante de nuestros ojos*. El resto, muestra sorpresa, resulta solo de una percepción incompleta y deformada de nuestra realidad. Estaba ahí, pero no lo veíamos porque mirábamos a través de un modelo teórico, el servicio público, que era solo eso y que no daba cuenta de la compleja realidad, sino solo de una parte, de una pequeña parte de ella».<sup>3</sup>

Ahora bien, como primer punto de crítica de nuestro liberalizado transporte urbano quisiera mostrar una rápida revisión del descrito *componente de equilibrio* dentro de nuestro ordenamiento, y la verdad es que —al menos— en la legislación nacional se puede encontrar algún interés y regulación por las infraestructuras de transporte terrestre de «uso público», nomenclatura ambigua y poco clara que deberá servir para referirse —esencialmente— a una serie de bienes de dominio público, particularmente para contener, entre otras modalidades, a las vías urbanas destinadas «a la circulación de vehículos y peatones» según la demanialización decretada por la parte final del artículo 56 de la LOM y

<sup>2</sup> Más allá de algún solitario trabajo que se citará en este artículo, en otras ciencias como la economía se pueden encontrar varios documentos recomendables. Por ejemplo, es interesante revisar uno ligado a la evaluación de esta actividad frente a aspectos de salud ambiental (centrado en la gigantesca contaminación urbana que a diario se genera en Lima Metropolitana y que puede ser perfectamente trasladable -con sus correspondientes valores proporcionales- a las siguientes cinco grandes ciudades peruanas tales como: Arequipa, Trujillo, Chiclayo, Iquitos y Piura). *Vid.* Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, “El transporte urbano y la contaminación del aire en Lima” en *Boletín de Economía y Ambiente*, número 68, año XII, pp. 1-4. También, resulta interesante de revisarse, entre otros documentos afines, el Informe Defensorial 137 de noviembre del año 2008 denominado “El transporte urbano en Lima Metropolitana: un desafío en defensa de la vida”.

<sup>3</sup> Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón, “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, en *Revista de Administración Pública*, número 150, 1999, p. 62.

la correspondiente definición contenida en el artículo 2 del RLGTTT. Sin embargo, tal atención no se puede apreciar ni predicar en la inicial norma liberalizadora publicada en julio de 1991 (el Decreto Legislativo 651), por la cual se decretó que «la prestación del servicio público de transporte urbano de pasajeros es de *libre acceso*» (ver su artículo 2), sin tomar en cuenta ningún elemento o, al menos, una mención mínima a la infraestructura vial existente, iniciándose el derrotero que hemos continuado hasta ahora, esto es, el de colocar a las «operaciones» (y los prestadores privados) por encima de los bienes demaniales que son aprovechados por las primeras para desplegarse efectivamente en las distintas urbes peruanas. Incluso, en esta primacía poco importa la formalidad o informalidad de la referida operación, pues como veremos luego hay un serie de potestades municipales y estatales que se han quedado solo incrustadas en el texto normativo.

Es más, podría ser más incisivo y decir que nuestra *legislación nacional sectorial* ha sido bastante profusa respecto a la conducción, circulación, siniestralidad, seguros, la ordenación de los distintos agentes que intervienen en el transporte terrestre, entre otras cuestiones esencialmente ligadas a la problemática del *tráfico*, pero es casi inexistente respecto del soporte material o físico de las anteriores actividades (basta solo ver que la gran norma de sistematización del patrimonio viario estatal, esencialmente, carretero es el RJV, sumada a un CR de reciente aprobación y quizá ciertas nociones referenciales preceptuadas por el REMA). Al respecto, cabe bien decir que estamos ante un ordenamiento esencialmente *operacional*, y, por ende, falto de unos medianos estándares de completitud, teniendo el gran déficit de no haber entregado la debida *juridicidad* a los esenciales bienes públicos que intervienen en las prestaciones del transporte por vía terrestre, particularmente a aquellos que son necesarios en el ámbito local. Dicho de otra manera, debemos asumir que tenemos una normativa *incompleta* incapaz de afrontar el reto de enorme envergadura que tenemos frente a las actividades y cosas presentadas en este trabajo, el cual finalmente no podrá ser resuelto, exclusivamente, por la iniciativa privada o mediante un inexistente mercado organizador de objetivos de interés público sectoriales, según lo justificaremos luego (por eso, la respuesta involucra a muchos Poderes Públicos, pero en primer lugar al Legislador que deberá llenar un vacío normativo real).

Y lo dicho en la última parte no puede ser atemperado alrededor de la idea de que las citadas normas reglamentarias, al igual que el resto de este régimen estatal, han previsto un amplio trasladado competencial y de responsabilidades sobre el *demanio vial local* a favor de las municipalidades, tal como puede revisarse —por citar una muestra— en la quinta disposición complementaria Final del RJV, en cuanto a «los criterios de jerarquización» de las vías urbanas. Más bien, y eso debe ser una muestra de aprendizaje permanente acerca de nuestra descentralización administrativa en marcha, es necesario asumir que la Ley del Congreso de la República (y sus normas infralegales de desarrollo) en materias de interés general, si se pretende que estas últimas sean trasladadas a las organizaciones administrativas descentralizadas, siempre deberán contener *conceptos fundamentales* y sus respectivas *bases normativas* aplicables a todo el territorio nacional, sin posibilidad alguna de que ambas nociones puedan ser eliminadas o desconocidas por cualquier otro Poder Público, salvo que exista un pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional o la obligación de no aplicar la disposición inter partes emitida por un Juez común. Más

todavía, cabe reconocer, en razón del status constitucional brindado al Parlamento Nacional, que solo este Poder del Estado *monopoliza* el deber de uniformización normativa anteriormente indicado.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto y desde la señalada perspectiva restringida desconectada de la teoría de los bienes públicos, es menester señalar que nuestro Legislador ha intentado abordar temas cruciales en esta importantísima actividad. En ese sentido, no cabe duda que el aludido *tráfico* (en concreto el aparecido en zonas urbanas), que es recogido como objeto estelar en el CT y otros dispositivos como la propia LGTTT, es una clara muestra de los intentos por crear un orden normativo con alguna densidad. Sobre el particular, basta recordar que solo la regulación de esta materia, sin perjuicio de otras cuestiones aparejadas que las trataremos en este trabajo, fue presentada por el Tribunal Supremo Español como un asunto que «adquiere en nuestros días una nueva y relevante dimensión pública. Puede afirmarse sin exageración que su correcta regulación influye no solo en la libre circulación de vehículos y personas sino incluso también en el efectivo ejercicio de otros derechos como el de acceso al puesto de trabajo, el disfrute de servicios imprescindibles como los sanitarios, educativos, culturales, etc., sin excluir desde luego su conexión con la protección del medio ambiente y al defensa del patrimonio artístico amenazados uno y otro por agresiones con origen en el tráfico».<sup>4</sup>

Ahora bien, siguiendo una ruta de solución podemos indicar que una de las claves está en estudiar (y buscar a futuro una regulación) de los bienes públicos viario urbanos, no solo desde los usos de corte municipal preceptuados por el régimen estatal del transporte terrestre, sino asumiendo que los primeros son un componente indispensable para la «calidad de la vida en la ciudad» y que tienen un alcance superior referido al «acertado ejercicio y la adecuada aplicación de cuantas técnicas jurídicas-normativas, de organización de los servicios públicos, de gestión [...] estén a disposición de las Administraciones Públicas competentes en la materia».<sup>5</sup>

Pero regresemos a la realidad normativa actual. A desmedro de lo que se viene fundamentando, existe una fuerte distorsión conceptual en el ordenamiento de transporte terrestre que no se condice con la naturaleza demanial de la mayoría de los bienes usados en las operaciones. Así, el Legislador -al barrido- ha señalado el protagonismo de la iniciativa privada en este tipo de «infraestructura [...] en cualesquiera de las formas empresariales y contractuales permitidas por la Constitución y las leyes» (ver numeral 5.1 de la LGTTT), señalando a continuación la posibilidad de concesión de «infraestructura vial nueva y existente» (ver literal f del numeral 17.1 de la LGTTT). Sin embargo, este papel principal en infraestructura vial es contradictorio con las realidades actuales de nuestras ciudades,<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 18 de junio del 2009, f.j. 5.

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 29 de mayo del 2000, f.j. 4.

<sup>6</sup> Digo esto, sin que sea una crítica al sector empresarial, pues finalmente los privados buscan rentabilizar y ampliar beneficios económicos, y definitivamente con una realidad municipal tan débil resulta complicado sentirse atraído e invertir mediante los diferentes regímenes que promoverían las concesiones “del dominio vial urbano” (principalmente instrumentalizados en la LMPID y los contratos de asociación público-privados regulados por el Decreto Legislativo 1012). Adicionalmente, y en

y más aún su inclusión no ha llevado aparejada a la prudente posibilidad de equilibrarla con una *exigente* iniciativa constructiva pública, ejercicio que se insertaría en el arsenal de técnicas puestas a disposición de las Municipalidades, según los términos explicados en el anterior párrafo. En ese sentido, nuestro ordenamiento ha abandonado la necesidad de colocar en el centro de gravitación de estos emprendimientos —dirigidos sobre las vías urbanas y otras infraestructuras accesorias necesarias para las prestaciones del transporte— a las Municipalidades Provinciales y Distritales, tal como se puede notar en el orden competencial decretado por los numerales 17.1 y 18.1 de LGTTT (en las llamadas potestades municipales «de gestión» que las habilita vaga y escuetamente con la función de «construir, rehabilitar, mantener o mejorar la infraestructura vial que se encuentre bajo su jurisdicción», sin señalarse ningún parámetro extra o grado de conexión con la mentada iniciativa privada), o, en segundo término, en el vacío artículo 81 de la LOM (que nada preceptúa sobre lo que se viene planteando en este párrafo).

Sin perjuicio que en las anteriores potestades no se reconoce la fundamental y específica capacidad de *planificación* de vías urbanas que deberían practicar *principalmente* las municipalidades provinciales, con lo cual seguimos en la ruta de exploración de un ordenamiento con muchas carestías;<sup>7</sup> es pertinente indicar que el rol protagónico frente a estos bienes, cuya titularidad es indiscutiblemente local y pública según el artículo 56 de la LOM, siempre ha sido *municipal*. Pero sin que este compromiso prioritario implique que el Legislador y la Administración del Estado puedan desentenderse tan abiertamente como está sucediendo hasta ahora.

---

concordancia con lo señalado en el párrafo principal, actualmente son poquísimos los proyectos de este tipo de infraestructura en los que la iniciativa privada haya tenido algún papel, así pueden contarse con una sola mano a los dos megaproyectos capitalinos de Vía Parque Rímac y Vías Nuevas de Lima (ambos en plena ejecución). El resto de grandes ciudades peruanas (que superan o se acercan al medio millón de habitantes) no presentan mayor desarrollo en la captación recursos de privados para estos propósitos (a desmedro que alguna de ellas -como Chiclayo- no tendría otra forma viable de acrecentar el dominio vial, pues no cuentan con canon de ningún tipo, con lo cual debe llamarse fuertemente la atención de esta omisión a sus autoridades locales). Todo esto se ve reflejado en la contabilidad final de los fondos privados invertidos en la infraestructura del transporte, el que fundamentalmente se centra en aeropuertos, puertos, algunas operaciones ferrocarrileras y carreteras de la red vial nacional. Al respecto, ver el rápido recuento que hace Zevallos, Juan Carlos, “Algunas reflexiones sobre el futuro de la regulación de la infraestructura del transporte en el Perú” en Revista de regulación en la infraestructura del transporte, número 7, año 2011, pp. 13 y ss.

<sup>7</sup> Considero, que la aludida función que recaería sobre las vías urbanas puede extraerse de la planificación general e integral del “desarrollo local y el ordenamiento territorial”, la aprobación de los denominados “Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel provincial”, “Plan de Desarrollo Urbano” y la organización de la “infraestructura urbana” preceptuadas de manera correspondiente para las *-Municipalidades Provinciales-* en el numeral 4 del artículo 9, el artículo 73 y el numeral 1.2 del artículo 79 de la LOM. Mientras, para el caso de las Municipalidades Distritales, esta competencia se encontraría incluida en la realización del “plan urbano distrital” propugnado por el numeral 3.1 del artículo 79 de la LOM, el cual deberá encontrarse sujeto “al plan y a las normas municipales provinciales sobre la materia”. Sin embargo, esta falta de especificidad es solo una muestra más del poco valor que nuestro Derecho ha dado a las vías urbanas y, en general, al dominio público viario, dejándolos librados al azar y a una planificación urbanística que presenta gigantescas deficiencias a lo largo del país.



A mayor ahondamiento, siguiendo lo planteado por Desdentado para los Ayuntamientos españoles (que se asemejan mucho a nuestras Municipalidades en protagonismo y habilitación de muchas competencias frente a estas infraestructuras), cabe indicar que esta autora reconocía que estas Administraciones públicas toman

las decisiones relativas a la creación, anchura y trazado mediante su previsión y ordenación urbanística a través de los correspondientes planes. Son también los Ayuntamientos los competentes para la pavimentación de las vías urbanas y los que deben realizar las tareas de mantenimiento y conservación que sean precisas. Corresponde, asimismo [...] la ordenación del tráfico de personas y vehículos [...] que incluye la prohibición de paso de vehículos por ciertas calles, la ordenación de la circulación en el casco urbano, la prohibición y autorización de estacionamientos, la competencia para sancionar por infracciones en vías urbanas, y la competencia para declarar una calle o plaza pública de uso peatonal [...] y finalmente son competentes para establecer el régimen de utilización de los bienes que integran el dominio viario local.<sup>8</sup>

Todo lo indicado en la sistematización de potestades y materias relevantes planteadas en esta cita, resultan perfectamente trasladables a nuestra realidad municipal actual.

Adicionalmente, y ya no solo a partir de la revisión normativa realizada y de las grandilocuentes declaraciones del Legislador acerca de la racionalidad y práctica de «técnicas modernas de gestión de tránsito con el fin de optimizar el uso de la infraestructura existente» (ver numeral 7.1 de la LGTTT); debo decir que los efectos comprobados por diversos y sucesivos instrumentos propios del *control* de la cláusula del Estado Democrático demuestran la abierta *inercia* de nuestras organizaciones administrativas municipales en siquiera lograr el mantenimiento de aspectos básicos acerca de los bienes viarios, rompiendo con su *rol estelar* decretado por el ordenamiento. Sobre el particular, puede examinarse la recomendación puntual que señaló la Defensoría del Pueblo a la Municipalidad Metropolitana de Lima en razón de la no activación de sus servicios de construcción y mantenimiento de infraestructura vial esencial y complementaria tal como la «señalización, semaforización, ubicación de paraderos y construcción de puentes peatonales, en las vías expresas, colectoras y arteriales de la ciudad, conforme a la Ordenanza 341 emitida en el 2001».<sup>9</sup>

Peor todavía, pareciera que la Municipalidad señalada en el Informe Defensorial no asume hasta ahora la necesidad de tener un sistema único de transporte de pasajeros frente a un *solo* conjunto de infraestructuras viarias existente en la capital peruana, que le permita descender en la intensidad y cantidad de omisiones que se mencionaron en el año 2008. Finalmente, una sola red vial integrada y multimodal que soporte los diferentes servicios de transporte urbano, siempre será más sencilla de ordenar y controlar para la organización administrativa, antes que muchas paralelas y disgregadas que encasillen a su

<sup>8</sup> Desdentado Daroca, Eva, "Las vías urbanas" en Vol. Col. *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, 2011, Volumen III, p. 3189.

<sup>9</sup> Ver la tercera recomendación del citado Informe Defensorial 137 de noviembre del año 2008 denominado "El transporte urbano en Lima Metropolitana: un desafío en defensa de la vida", p. 185.

respectivo grupo de prestadores (y a los propios usuarios). Ahora bien, presento el anterior argumento siguiendo a la reciente Ordenanza 1599, norma que comete el implícito error de minusvalorar a los bienes viarios metropolitanos, y separar —a continuación— de su ámbito objetivo a los servicios de transporte público regular de personas, frente a otras prestaciones que se ordenan, en exclusiva, solo con el contenido de sus tipos títulos habilitantes o, de ser el caso, por el clausulado de sus contratos administrativos (sistemas de autobuses de tránsito rápido, o usados sobre corredores complementarios u otros servicios de transporte masivos). Claro, lo descrito se contrapone de manera antagónica con la unificación *física y operacional* decretada luego —y solo en papel— por la Ordenanza 1613 que regula el denominado Sistema Integrado de Transporte Público de Lima Metropolitana, norma que en su artículo 6 otorga la prioridad que merece la infraestructura vial capitalina (en planificación, intangibilidad y racionalización aplicable sobre estos escasos recursos). Frente a esto, cabría preguntarse ¿cómo interpretar dos dispositivos municipales de la misma jerarquía que tienen similar especialidad, aparentan ser complementarios, pero contruidos sobre *ratios* diametralmente opuestos?

En adición de lo formulado, considero que la descontextualización de la infraestructura de transporte terrestre de *uso público* fuera de la teoría de los bienes de dominio público, o al menos, sin los correlatos conceptuales y competenciales más o menos exactos y claros (aplicados sobre una especie típica como las vías urbanas) y la no positivización en el ordenamiento sectorial de una *expresa responsabilidad municipal extrema y medible* para proteger y acrecentarla en todas las ciudades peruanas, han sido *tres* de los factores generadores de un verdadero fenómeno de «crisis generalizada del dominio público viario», el cual puede ser verificado no solo en el deterioro y casi abandono de este instituto jurídico en nuestro ordenamiento vigente,<sup>10</sup> sino también en los efectos nocivos que esta anomalía produce sobre el bien común.

Así respecto al anterior fenómeno anómalo, basta solo dar una mirada a los antijurídicos, permitidos de facto e invasivos usos privativos especiales recaídos sobre las *vías urbanas* que son hechos a diario no solo por operadores del transporte urbano sino por peatones y otros particulares que intentan ejercitar derechos disímiles, sin ninguna racionalidad, o mínima disciplina social; o la mucho peor apropiación material<sup>11</sup> de parte o todos estos

<sup>10</sup> Es pertinente señalar que no existe rastro positivo de este en nuestra legislación sectorial, ni en la propia LOM, salvo en ciertas Ordenanzas de algunas Municipalidades (tal como la señalada Ordenanza 1613 de la Municipalidad Metropolitana de Lima).

<sup>11</sup> Solo así, bajo la antijurídica idea de pertenencia “artificial” sobre parte del demanio viario (sobre las vías urbanas), es que puede explicarse que los operadores privados del transporte urbano, que se manejan empresarialmente a su cuenta y riesgo a partir de un título habilitante, hacen huelgas y paralizaciones en varias oportunidades, rompiendo con los niveles de continuidad y permanencia que surgen de estas prestaciones esenciales para el desenvolvimiento de derechos diversos y el “correcto desarrollo de la economía”. Vid. Gimeno Feliú, José María, “Los transportes” en Vol. Col. *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Cívitas, Madrid, 1999, p. 1058. Evidentemente, estas paralizaciones no traen a continuación las respuestas de las Administraciones Públicas competentes adecuadas al *principio de responsabilidad pública* aplicado a la presente materia, el cual aparece reconocido de manera implícita en los artículos 3 y 4 de la LGTTT, en el sentido que estas deben salvaguardar “el establecimiento y mantenimiento de un sistema común de transporte, mediante la coordinación e interconexión de las redes, servicios o

bienes públicos por parte de puntuales privados<sup>12</sup> (agentes del comercio ambulatorio, operadores informales del transporte urbano, constructoras, entre otros). En el mismo sentido, a desmedro de lo anterior y el exponencial aumento poblacional, se ha reducido a la *mínima* expresión la cantidad de vías urbanas existente en muchas ciudades peruanas y, más todavía, no podemos desarrollar otros sistemas de infraestructuras multimodales, tal como lo habían planteado hace algunos años los autores peruanos Espejo y Peña.<sup>13</sup>

Por eso, ahora ya va siendo tiempo de establecer las bases de un régimen nacional de verdadera protección, defensa y reacción punitiva que cubran la integridad y despliegue de estos bienes públicos; funciones que luego se deberán atar de manera sistémica con el resto de potestades municipales de planificación, construcción, gestión y tratamiento que fueron antes resumidas (sobre las mismas volveremos con cierto detalle en la siguiente parte de este trabajo), a fin de acometer en contra de los posibles infractores y los no pocos usurpadores cotidianos de las infraestructuras propias del *demanio viario*.<sup>14</sup> Mejor aún,

---

actividades que lo integran, y de las actuaciones de los distintos órganos y Administraciones (...) *junto a la obligación de satisfacer las necesidades de la comunidad con un máximo grado de eficiencia y con el mínimo de coste social (...)*. Vid. Garcés Sanagustín, Ángel, "Estado social y ordenación de los transportes terrestres" en Vol. Col. *Estudios sobre el ordenamiento jurídico del transporte*, Universidad de Zaragoza-Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1990, p. 27.

<sup>12</sup> Cfr. Sánchez Blanco, Ángel, "Sobre la delimitación de las vías urbanas" en *Revista de Administración Pública*, número 86, 1978, pp. 449-459.

<sup>13</sup> Señalaban estos autores que "aunque la cantidad de vías para el transporte colectivo es un concepto relativo el cual depende de que tan eficiente sea la movilidad urbana y con cuál calidad se ofrece el servicio, en general, es posible afirmar que todas las ciudades latinoamericanas (...) disponen de una cantidad reducida (medida en kilómetros) de vías brindadas para el transporte colectivo. En particular hacia finales del año 2007, Lima, la quinta ciudad más poblada (...) poseía tan solo 34 kilómetros de vías dedicadas al uso de transporte colectivo, lo que representó el 0,3 por ciento de la oferta total de vías de transporte". Vid. Espejo Rubén y Peña Ernesto, "Las infraestructuras del transporte masivo urbano sobre vías férreas: el sistema eléctrico de transporte para Lima Metropolitana" en *Revista de regulación en la infraestructura del transporte*, número 6, año 2011, p. 168.

<sup>14</sup> Sobre los usurpadores de bienes públicos, el profesor L. Martín-Retortillo decía -en épocas finales del franquismo español- que existía un fenómeno radical y difícil de explicar por el cual las personas que se apropiaban de bienes municipales podían "defenderse mucho más fácilmente que los entes públicos (...) en un momento de concentración de poderes en los entes públicos (...) no deja de sorprenderme, al menos a simple vista, que al Estado y, sobre todo, a los Municipios, se escatimen sus poderes a la hora de defender su patrimonio. O, dicho de otra manera, que se escatimen sus poderes a la hora de tratar de evidenciar y reducir a los usurpadores de bienes públicos". Vid. Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, "Recuperación municipal de camino. La imprescriptibilidad: ¿mito o posibilidad? Deslinde y recuperación posesoria. Las nuevas desamortizaciones" en *Revista de Administración Pública*, número 61, 1970, p. 161. Que duda cabe que estas reflexiones tan lejanas en el tiempo pueden usarse para los momentos actuales en las que muchas de nuestras Municipalidades Provinciales (principalmente las del norte del país como Piura y Chiclayo) y la Metropolitana de Lima deben afrontar realidades complejas y harto explosivas; sin tener todas ellas las potestades entregadas por el Legislador y con un déficit sensible de normas propias referidas a sus respectivos patrimonios públicos. Ahora, estas entidades administrativas deberán plantar cara ante una clase particular de ciudadanos que se siente titular de unos artificiales derechos de pertenencia, posesión y disfrute sobre las vías urbanas, incluso considerándolas como cosas sujetas a prescripción adquisitiva y que pueden ser objeto de defensa mediante procesos constitucionales maleables o diseñados a su antojo; esto último por la inercia, poca elaboración dogmática y el desprecio por los bienes públicos que ha tenido -en general- nuestra Judicatura. Al respecto, solo hace falta mirar

se hace necesario retomar un nuevo aire más cercano a la posición preponderante que deberán tener las Administraciones Públicas (particularmente las municipales) frente a los bienes públicos urbanos involucrados e indispensables para desplegar estas actividades de transporte ligadas a la idea de un *servicio esencial*<sup>15</sup>, a partir de no solo de proteger y conservar lo existente, sino como dije, teniendo un *afán voraz* por el incremento de estas infraestructuras públicas (no importando si provienen de obras públicas o son sufragadas mediante las opciones concesionales que permite nuestro régimen jurídico-administrativo), asumiendo que estas tareas deberán buscar paliar las limitaciones congénitas de una iniciativa privada silente y poco activa.<sup>16</sup>

Para lograr el anterior propósito, estimo que no es necesario un cambio *radical* del vigente ordenamiento positivo (las piezas aunque desordenadas están dispuestas, siempre que se tengan reconocidas las potestades municipales exactas y ciertas nociones uniformes). Pero, por el contrario, si será necesario un fuerte trabajo de interiorización en todos

---

las *absurdas* alusiones planteadas por el ex-Juez Urbina La Torre en el marco de un proceso de Habeas Corpus recaído en el Exp. 27631-2012 (proceso exclusivamente aprobado para tutelar el derecho a la libertad personal y otras facultades conexas), por el que ordenaba a la Municipalidad de Lima el no ejercicio de su potestad de restricción del tránsito de vehículos de carga pesada en zonas aledañas al todavía litigioso ex-mercado mayorista de “La Parada” (a través de la colocación de bloques de cemento). QuizáQuizá, este ex-magistrado, sin perjuicio que no tuvo en cuenta en su resolución ningún fundamento de la teoría de los bienes públicos, olvidó abiertamente que las organizaciones municipales se encuentran premunidas de un amplio margen discrecional para “normar, regular y planificar el transporte terrestre” preceptuada por el numeral 1.1 del artículo 81 de la LOM, incluyendo dentro de este orden competencial del tráfico a las potestades de contenido restrictivo y las actuaciones materiales que impedirían el paso de vehículos no autorizados a circular en ciertas arterias no diseñadas para soportar técnicamente su peso (como sucedía en este caso con los camiones de carga de alimentos y víveres que discurrían muy cerca al casco histórico y central de la capital peruana).

<sup>15</sup> Esta categorización se puede deducir de la declaratoria y exigencia de intervención protectora del Estado referida a “la satisfacción de las necesidades de los usuarios y al resguardo de sus condiciones de seguridad y salud, así como a la protección del ambiente y la comunidad”, que viene señalada en el artículo 3 de la LGTT, sin que a continuación se pierda el protagonismo principalísimo de la iniciativa prestadora privada en esquemas de mercado y libre competencia (ver artículo 3 de la LGTTT). Sobre la definición de esta técnica prestacional se puede revisar a Martínez López Muñoz, José-Luis, “En torno a la nueva regulación de los servicios esenciales económicos en red (a propósito de la nueva Ley General de Telecomunicaciones y su sistema conceptual” en Vol. Col. *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, Tomo III, 2000, p. 2800. En el derecho peruano puede examinarse las nociones brindadas por Baca Oneto, Víctor, “Servicio público, servicio esencial y servicio universal en el Derecho peruano” en Vol. Col. *Teoría de los servicios públicos*, Lima, Grijley, 2009, p. 366. También, incluye al transporte terrestre en la categoría de *servicio esencial* el autor Vences Arbulú, César Martín, “Aplicación del principio de subsidiariedad estatal en el servicio de transporte terrestre: la situación peruana” en *Revista de Regulación Económica de la Universidad ESAN*, Año 3, p. 94.

<sup>16</sup> En concordancia con lo expuesto en el párrafo principal, debo indicar que la iniciativa municipal sobre las infraestructuras viarias urbanas se deberá enmarcar en la nueva posición que desempeña -en general- cualquier Administración Pública, la misma que “paso en corto tiempo de ser un mero guardián interesado en la integridad física del dominio público (...) a ser un activo administrador, que asienta en él sus servicios y decide sobre la modalidades de su utilización por los particulares”. *Vid.* García Pérez, Marta, “La naturaleza jurídica de la autorización y concesión, a propósito de la utilización del dominio público” en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, número 1, 1997, p. 339.

de los interesados y los propios usuarios de lo que son las prestaciones del transporte urbano, las cuales no se desenvuelven —por la gracia y valor empresarial de un segmento de operadores particulares con títulos habilitantes— sino a partir de la cantidad y calidad de unos determinados bienes de dominio público (principalmente vías urbanas). Por eso, es indispensable reconducir cualquier intento reformista hacia la *ratio* de este servicio, siguiendo y haciendo hincapié en lo planteado por Font I Llovet:

El incremento de la actividad económica y el desarrollo de la sociedad [...] requieren cada vez con mayor intensidad la predisposición de las infraestructuras públicas adecuadas para satisfacer sus necesidades, bienes públicos que deben hallarse protegidos en su integridad con el fin de mantener su utilidad económica por medio del uso de que son objeto por parte de los agentes económicos. Ello es claro, por de pronto, en relación a las vías de comunicación de todo tipo —carreteras, ferrocarriles, canales de navegación, puertos, etc.—, ámbito este, por cierto, en el que se desarrollará paralelamente otra importante institución, las *obras públicas*, en estrecha interconexión con la institución demanial.<sup>17</sup>

Ahora bien, recuperar las *vías urbanas* como el eje de estas prestaciones esenciales implicará un entendimiento correcto acerca de su mentada racionalidad y limitación (carencias muy tangibles en nuestras ciudades), asumiendo que sobre ellas concurren actividades necesitadas del ejercicio de potestades regulatorias y complementarias a las enunciadas en líneas anteriores.<sup>18</sup> Así, uno de los objetos claves de estos nuevos poderes que deberá expresamente entregados a las Municipalidades, debe ser el de implantar y defender ante los propios operadores habilitados y el resto de ciudadanos, la idea esencial de que la utilización de este tipo de vía terrestre se encuentra abierta a todos bajo el *principio de libre de acceso*,<sup>19</sup> pero no para satisfacer las necesidades empresariales de algunos, sino para lograr los siguientes tres objetivos de interés general:

<sup>17</sup> Font I Llovet, Tomás, “La protección del dominio público en la formación del derecho administrativo español: potestad sancionadora y resarcimiento de daños” en *Revista de Administración Pública*, número 123, 1990, p. 25.

<sup>18</sup> En esta materia me estoy refiriendo a los *dos* contenidos regulatorios que muy bien definidos el profesor argentino Aguilar: “la regulación no deja de ser, en sustancia, una suerte de mecanismo de resolución de controversias entre intereses contrapuestos. Mas esa intervención no se manifiesta como una forma de «decir el derecho» respecto a una situación pasada .al estilo de un tribunal jurisdiccional., sino de resolver un conflicto de intereses con la finalidad de que, gracias a dicha resolución, puedan realizarse transacciones en el mercado. Dicho de otra forma, la regulación al resolver tales conflictos lo que hace es mirar al futuro, conformando a un determinado mercado”. Por otro lado, estas potestades también implicarían una intervención “de naturaleza «perpendicular» al no limitarse, como ya se ha dicho, a delinear un marco general de actuación, sino al obligar a los agentes a actuar de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera. De esta peculiar circunstancia se deriva que no se trata de una mera conformación unilateral de relaciones bilaterales anudadas entre un particular y el Estado (...) sino que esta aparece configurando una relación que se establece entre dos extremos particulares .entre oferta y demanda, entre proveedores y consumidores, prestadores y usuarios, competidores entre sí”. *Vid.* Aguilar Valdez, Oscar, “El acto administrativo regulatorio” en *Documentación Administrativa*, números 267-268, septiembre del año 2003-abril del año 2004, pp. 291-292.

<sup>19</sup> Cfr. López Garrido, Diego, “La liberalización del transporte ferroviario” en *Revista de Administración Pública*, número 132, 1993, p. 429.

- a) El cometido público máximo *del transporte de vehículos, ferrocarriles y personas*.
- b) En segundo lugar, la salvaguarda del propio contenido del *derecho constitucional de locomoción o libertad de tránsito* de cada ciudadano reconocido en el numeral 11 del artículo 2 de nuestra Constitución.
- c) Por último, y solo a partir del cubrimiento de las dos anteriores finalidades, para tutelar facultades subjetivas ligadas *a otros ámbitos de la autodeterminación o el ejercicio de una diversidad de derechos constitucionales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.)*.<sup>20</sup>

En ese orden de ideas, no debe olvidarse que el *uso común general* es la forma de utilización prioritaria que debe recaer sobre las vías urbanas, asumiendo que el primero permite el paso de los peatones en las veredas (circulación a pie), el tránsito de vehículos con o sin motor y de ciertos *usos especiales* en favor de puntuales privados que necesitarían de autorizaciones administrativas (como las puntuales actividades de comercio ambulatorio legal, otras actividades de corte lucrativo o de nulo interés patrimonial, o la colocación temporal de escombros de las construcciones, la puesta permanente o temporal de instrumentos estáticos de publicidad, etc.), u otros títulos habilitantes (como la *concesión* bajo el régimen de inversión descentralizada aprobado mediante la Ley 28059), si es que en este último caso se utiliza o aprovecha la propia acera o el subsuelo de la vía (en estos casos, por ejemplo, me estoy refiriendo a los estacionamientos a nivel o de carácter subterráneo).

Frente a este último punto, es en el que vale la pena citar a Desdentado, pues reconoce esta autora que el descrito uso principalísimo de la vía urbana implica colocar al ciudadano en el centro del alcance de estos bienes municipales, permitiéndole el acceso y desarrollo de actividades diversas en «condiciones de libertad, igualdad y gratuidad». <sup>21</sup> Por eso, cualquier agresión ante esta consideración definitoria y funcional de la vía urbana no puede ser tolerada ni pasada por alto por la Municipalidad competente, constituyéndose así (junto con los otros tres objetivos de interés públicos antes mencionados), en un verdadero límite que modela el contenido de los derechos constitucionales que posiblemente puedan verse involucrados o se despliegan mediante la directa incidencia sobre el *corpus* de estas infraestructuras municipales (el trabajo en zonas públicas urbanas, el *ius aedificandi*, la libertad de empresa, etc.)

También, por lo fundamentado en el preliminar párrafo, ante el acceso abierto (con parámetros), la concurrencia y la libertad de empresa, entre otros derechos aplicables a los prestadores intervinientes en un verdadero *mercado* operacional del transporte urbano, resulta indispensable comprender que estas facultades y principios terminan siendo piezas ensambladas en un servicio esencial, las cuales no dejan de tener el mismo carácter *utilitario* que los propios bienes viales utilizados para el despliegue efectivo del conjunto de la operación. Todos ellos, a su vez, en su alcance, se constituyen en elementos *instrumentales* sumamente importantes del que depende la satisfacción plena o la realización de

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 3482-2005-PHC/TC, de 27 de junio del 2005, f.j. 17.

<sup>21</sup> Desdentado Daroca, Eva, "Las vías urbanas"... Ob. cit. p. 3203.

una multiplicidad de finalidades de nuestros ciudadanos.<sup>22</sup> Por eso, tras estas ideas quiero dejar sentada mi posición de desterrar la defensa de la libre competencia o del mercado de transportistas por sí mismos, por el contrario ambos son *medios*, que al ser protegidos en su justa medida, deberán servir para satisfacer directamente el bienestar general.

## II. ¿QUÉ POTESTADES Y NOCIONES NOS HACEN FALTAN EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL EN REFERENCIA A LAS VÍAS URBANAS?

Hasta esta parte del trabajo resulta claro que nuestro legislador no ha *positivizado* ni *sistematizado* un orden competencial municipal adecuado a la actual trascendencia social y económica de los bienes viarios urbanos (situación que sería posible de ser extendida al resto de bienes municipales). En ese contexto, más allá de un listado amplio de cosas públicas que conforman el patrimonio de estas organizaciones administrativas (ver los artículos 55 y 56 de la LOM y el errático artículo 46 de la LBD), que incluiría la extraña alusión a «rentas, tributos, contribuciones, tasas, arbitrios, licencias y derechos», recursos presupuestarios de diferente origen y los «caudales, acciones, bonos, participaciones sociales, derechos o cualquier otro bien que represente valores cuantificables económicamente»,<sup>23</sup> además de algunas potestades de las que daremos cuenta a continuación; podemos indicar que tenemos Municipalidades desprovistas del poder necesario para afrontar el reto que

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N. 3482-2005-PHC/TC, de 27 de junio del 2005, f.j. 17

<sup>23</sup> Sobre las relaciones y diferencias entre cosa, bien y patrimonio, y mostrando un sentido que ha sido *parcialmente* recogido por el artículo 56 de la LOM, se ha indicado que el patrimonio de titularidad administrativa se conforma de bienes y derechos *apropiables* que “no incluyen ni se confunden ya con los elementos que nutren las haciendas públicas, esto es, el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros o de tesorería de las Administraciones, (...) o, con una expresión más sintética (...) los derechos y obligaciones de contenido económico”. *Vid.* López-Ramón, Fernando, “Teoría jurídica de las cosas públicas” en Revista de Administración Pública, número 186, 2011, p. 12. Por eso, es que los derechos y rentas de corte económico que se aluden en el artículo 55 y el numeral 4 del artículo 56 de la LOM, además de los literales b, c, d, e, f y g del artículo 46 de la LBD, no formarían parte -en estricto- del patrimonio municipal y deberán ser incluidos en los aspectos propios de lo que podría llamarse como el régimen de la Administración Financiera del Estado relacionada con la gestión general de los fondos públicos, regulado, entre otras normas, por la Ley 28112 y el ordenamiento de descentralización fiscal aplicable a las entidades administrativas como los Gobiernos Regionales y las Municipalidades (acudir al Decreto Legislativo 955 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 114-2005-EF). Buena parte de estos derechos y rentas forman parte de los ingresos municipales provenientes y clasificables por un doble origen: por un lado presupuestario, y en segundo término por el criterio de la tesorería y contabilidad gubernamental. Así, pueden identificarse los siguientes tipos de ingresos municipales: (i) *ingresos propios*, entre los cuales se puede asumir a los impuestos, tasas, rentas de propiedad y saldos de balance; y, (ii) *transferencias intergubernamentales* trasladadas desde el Gobierno Nacional hacia las Municipalidades, entre las que destacan por su importancia principalmente el canon y sobrecanon de distinta índole, Foncomún, renta de aduanas, vaso de leche, regalías mineras y el Fondo de Desarrollo de Camisea. Sobre estas difíciles y todavía inexploradas diferencias entre patrimonio público y la hacienda pública (concepto último cercano a nuestro sistema de Administración Financiera del Estado) puede revisarse a Castillo Blanco, Federico y Quesada Lumbreras, Javier, “*El patrimonio de las entidades locales tras la aprobación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*” en el Vol. Col. *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, El Consultor, Madrid, 2004, p. 25 y ss.

la actual realidad local les impone, esto es, la de ser unas dinámicas *administradoras* de vías urbanas capaces de rentabilizar, acrecentar y mantener el número y calidades de estas (no importando si lo hacen por mano propia, asumiendo el tratamiento correspondiente de las iniciativas privadas o mediante asociaciones público-privadas), sin descuidar a continuación una postura regulatoria de amplios márgenes que sea capaz de acometer el despliegue efectivo del servicio esencial del transporte urbano de carácter multimodal.

Sobre las últimas potestades regulatorias más relacionadas con el tráfico y el otorgamiento de títulos habilitantes, supervisión, fiscalización y sanción recaídas sobre el contenido específico de un cabal *mercado* prestacional,<sup>24</sup> debo indicar que las mismas no son objeto directo de este trabajo (aunque alguna alusión han merecido anteriormente), razón por la cual solo la explicación de los poderes que tienen directa incidencia sobre los bienes viarios y, como no, los conceptos fundamentales salidos de estas cosas municipales apropiables que podrían ser pasibles de aparecer en unas hipotéticas bases legislativas, serán las dos grandes cuestiones que ocuparán mi atención en las siguientes líneas de este parágrafo.

### 1. Un orden competencial con las potestades exactas para tratar a las vías urbanas

Si se hace un rápido recuento de las potestades con las que actualmente se manejan nuestras Municipalidades de cara a la gestión de sus bienes públicos, encontraremos algunas *importantes* que no pueden ser dejadas de mencionar; sin embargo, es claro que la tendencia del Legislador peruano materializada en la LOM e incluso en la inicial LBD es al *desorden* competencial, a una marcada *deflación* en la entrega de poder frente a los objetivos impuestos al ejecutor, una permanente *duplicidad* de potestades o funciones y, finalmente, a la indiscriminada aparición de muchas materias y competencias *compartidas* entre las organizaciones administrativas territoriales<sup>25</sup> (varias de las cuales no se sustentan en una cobertura técnica o jurídica medianamente seria). Como bien señalaba el desaparecido profesor A. Céspedes, todo este paquete de normas de organización aparecido al hilo de un renovado proceso de descentralización administrativa de la década pasada, se originó con muchas confusiones que llevaron por ejemplo a compartir potestades que ya estaban

<sup>24</sup> Un buen trabajo sobre las competencias municipales del tráfico y circulación en la realidad local española, que incluirían a las normativas y las de corte ejecutivo (ordenación y control del tráfico, las órdenes, la potestad sancionadora, de coacción administrativa directa, o la de emisión de títulos habilitantes para actividades particulares) puede ser vista en Cano Campos, Tomás, "Las competencias de los municipios en materia del tráfico" en Vol. Col. *Tratado de derecho municipal*, Iustel, 2011, Volumen III, pp. 2573 y ss.

<sup>25</sup> Las Administraciones Públicas territoriales o generales son mal denominados por ciertas normas (como la propia LBD) y operadores como "niveles de gobierno", en directa alusión a nociones surgidas de la gestión pública. En realidad, estas entidades administrativas que serían la Administración del Estado (Poder Ejecutivo), los Gobiernos Regionales y las Municipalidades se refieren a lo que se conoce como Administraciones Generales pues "tienen asignadas sobre el territorio en el que se asientan todas las funciones necesarias para cumplir o atender el bien común o el interés general de la correspondiente colectividad territorial. Son territoriales o pertenecen a un ente territorial. El ejercicio de sus funciones alcanza a todas aquellas personas que, con independencia de sus posibles condiciones especiales, se asientan sobre el territorio". Vid. Abruña Puyol, Antonio, *Delimitación jurídica de la Administración Pública*, Palestra, Lima, 2010, p. 158.



transferidas a favor de un titular, o simplemente no contempló otras materias y funciones surgidas durante la liberalización de los años noventas relacionadas principalmente con la regulación de mercados.<sup>26</sup>

Así, solo en el tema de los *bienes municipales*, nos encontramos de saque con potestades o funciones que los asumirían desde un plano general. Por ende, estos poderes tendrían como objeto evidente y recaerían sobre las vías urbanas, en tanto se tratan de infraestructuras de uso público y titularidad municipal; sin embargo, recalcó que los primeros son solo respuestas parciales para el urgente proceso de explotación económica y social al que deben servir en tiempos actuales.<sup>27</sup> Estas potestades *genéricas* sobre bienes municipales serían las siguientes:

a) Las *potestades normativas* de naturaleza legislativa y reglamentaria repartidas entre el concejo municipal y el alcalde que permiten las aprobaciones de Ordenanzas y Decretos de Alcaldía (que contendrían reglamentos ejecutivos) destinados a reglar asuntos diversos desde una versión estricta y ya defendida del *patrimonio municipal* (todo esto a partir de asumir la macro materia de creación del régimen de la auto-organización y funcionamiento municipal habilitada por varios fragmentos de la LOM). Dentro de este ámbito tan extenso, se pueden aprobar normas municipales dispersas o únicas que permitan ordenar los siguientes rubros:

(i) Las condiciones y clasificación de *demanialidad* de ciertos bienes (las definiciones del uso público recaído sobre bienes o infraestructura ya predeterminados o afectados directamente al aprovechamiento o utilización general por el Legislador nacional tales como las propias las «vías y áreas públicas, con subsuelo y aires», las playas, ríos, manantiales, corrientes de agua, lagos y otros que pudieran ser asumidos casuísticamente en la condición de bienes de dominio público municipal por especiales razones justificantes).

(ii) Los posibles bienes de dominio privado de esta organización administrativa.

(iii) El régimen local de intervención de privados sobre estos bienes para permitir su enajenación, disfrute, aprovechamiento, uso gratuito, entre otras modalidades de utilización o disposición definitiva mediante el otorgamiento de diferentes títulos habilitantes o contratos como las concesiones, cesión en uso, donación, venta mediante subasta pública, etcétera. Estas normas también incluirán como objeto el relacionamiento aún limitado y poco desarrollado con otras entidades administrativas u «organismos del sector público para donar, o permutar, bienes de su propiedad».

(iv) Dependiendo de sus competencias territoriales, las normas de planificación contenidas en varios instrumentos tipificados en la LOM, como el fundamental Plan de Acondicionamiento Territorial de nivel Provincial y los que más impactan sobre bienes públicos locales tales como el Plan de Desarrollo Urbano, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas y el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos. En este punto considero, siguiendo a Abruña y Baca, que un mecanismo de planificación es producto de una potestad normativa y en sí mismo es un *norma* que innova

<sup>26</sup> Cfr. Céspedes Zavaleta, Adolfo, *Derecho regional*, Jaime Campodónico Editor, Lima, 2005, p. 199.

<sup>27</sup> Cfr. Pimiento Echeverri, Julián Andrés, *Derecho administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación y régimen jurídico*, pro manuscrito, p. 26.

el ordenamiento positivo, fijando en muchos casos el margen de discrecionalidad de la organización municipal y permitiendo «llevar a cabo de forma óptima los fines administrativos, a través de las técnicas administrativas ordinarias».<sup>28</sup>

(v) La aprobación del régimen jurídico de administración de bienes a cargo del Concejo Municipal, el cual engazaría con las materias previstas en los numerales i, ii y iii de este orden competencial (ver numeral 19 del artículo 9 de la LOM).

(vi) Finalmente, pueden encontrarse un conjunto de disposiciones municipales que pueden estar pensadas para regular el régimen concreto de algunas de las potestades ejecutivas que trataremos a continuación.

b) Las *potestades ejecutivas* constituyen un variopinto grupo de funciones ligadas a los siguientes rubros puntuales de los bienes municipales:

(i) Las potestades de administración y gestión general de bienes municipales que pueden ser ejercitadas por cada Municipalidad «en forma autónoma, con las garantías y responsabilidades de ley», a partir de su propio régimen normativo (ver artículo 55 de la LOM). Al respecto, debe entenderse que estas funciones tienen un carácter extenso incluyendo la capacidad jurídica de una organización municipal en cuanto titular y sin distinción alguna para adquirir, poseer, aprovechar, conservar, defender y rentabilizar sus bienes municipales a favor de los intereses públicos locales<sup>29</sup>. Puntualmente, la *adquisición* de bienes municipales ha sido prevista como una de las pocas funciones típicas de este macro competencia, incluyéndose de manera expresa en el inciso 8 del artículo 56 de la LOM, además de la potestad de lograr el *incremento gratuito y correcta gestión patrimonial* mediante «la petición de adjudicación de tierras estatales» (el acrecentamiento sin costes de suelo urbano destinado a la expansión de las ciudades preceptuada por los artículos 60 y 61 de la LOM) y el control sobre el destino de los posibles bienes que done, ceda o concesione hacia una finalidad pública predeterminada (tales como los objetivos no lucrativos o la realización de obras o servicios de interés o necesidad social preceptuados en los artículos 65 y 68 de la LOM).

(ii) Las *potestades de tutela registral* recaídas sobre los «bienes inmuebles municipales», que puede ser ejercitada de manera *discrecional* si es que el Alcalde lo pide y luego lo aprueba de manera expresa el respectivo Concejo Municipal (ver artículo 58 de la LOM). Al respecto, debe entenderse que esta función también incluiría la preparación, consolidación y reajuste efectivo de los datos contenidos en el denominado «margésí de bienes municipales» (ver artículo 57 de la LOM), verdadero registro administrativo que es considerado por el Legislador como un deber básico de toda Municipalidad, llegando incluso a presentar, en caso de afectaciones, una difusa y poco clara «responsabilidad solidaria del alcalde, el gerente municipal y el funcionario que la municipalidad designe en forma expresa. Ahora bien, el margésí permitiría a una organización municipal «inventariar cuantos bienes y derechos integran su patrimonio».<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Abruña Puyol Antonio y Baca Oneto, Víctor, *Notas al curso de derecho administrativo*, pro manuscrito, p. 234.

<sup>29</sup> Cfr. Corral García, Esteban, López Pellicer, José Antonio y El Consultor de los Ayuntamientos, *Reglamento de bienes de las entidades locales*, La Ley, Madrid, 2006, p. 66.

<sup>30</sup> López-Ramón, Fernando, *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Cívitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 77.

(iii) Un grupo de potestades de disposición, adjudicación para el aprovechamiento y de otorgamiento de diferentes relaciones recaídas sobre terceros privados u organizaciones del sector público ajenos al propietario municipal, que incluirían la organización, culminación y ejecución de los *contratos públicos* otorgados mediante las diferentes modalidades de procedimientos de transferencia, cesión en uso, concesión, arrendamiento, la modificación del estado de posesión o propiedad, previo Acuerdo de Concejo Municipal o incluso la realización antelada de una consulta popular que lo autorice o apruebe (ver artículos 59, 65, 66 y 67 de la LOM). Los anteriores procedimientos incluirían la realización de *subastas públicas* bajo normas municipales (esencialmente enajenaciones), la utilización de los procedimientos y contratos propios instaurados por la *LMPID*, la extraña y poco regulada adjudicación de contratos sometidos al *derecho privado* que son autorizados previamente por actos administrativos (aparecidos principalmente en varios organismos públicos adscritos a las Municipalidades como las Sociedades de Beneficencia Pública o sus empresas de forma jurídica-pública) y el otorgamiento de contratos de donación o permuta de sus bienes con otras *organizaciones administrativas o Poderes Públicos*.

De todo lo presentado en líneas anteriores, resulta claro que al menos la *gestión* de los bienes municipales podría tener reales posibilidades de ser desplegada, siempre que los órganos administrativos competentes cuenten con un régimen propio previamente establecido por el correspondiente Concejo Municipal, el cual deberá desarrollar y adaptar el *orden competencial* habilitado por el Legislador nacional a la realidad local. Sin embargo, las potestades tipificadas en la LOM por sí mismas no bastan. Así, como bien indica Pimiento, existe un trinomio de procesos que son necesarios en tiempos actuales, pues viene ocurriendo «una evolución del derecho de los bienes públicos que de una manera esquemática, puede ser dividida en tres etapas sucesivas: Conservación/Gestión/Valorización. Cada etapa engloba a la anterior».<sup>31</sup>

Entonces es evidente que la LOM ha sido diseñada para que las Municipalidades puedan administrar y hasta incluso acrecentar los bienes municipales existentes implicando algunos visos de resguardo registral (solo para inmuebles), pero sin asumir verdaderamente la necesidad de tener reconocido un previo sistema de *conservación* que les permita afrontar las agresiones o distorsiones producidas por privados u otros Poderes Públicos que, aunque planteadas específicamente en este trabajo para las vías urbanas, pueden hacerse extensivas para todos los bienes municipales. Por tanto, hace falta construir, sin perjuicio de un largo listado de potestades,<sup>32</sup> un completo régimen nacional de protección y defensa de bienes pú-

<sup>31</sup> Pimiento Echeverri, Julián Andrés, *Derecho administrativo de bienes...* Ob. cit. p. 26.

<sup>32</sup> Sobre el particular, la LOM adolece, además de potestades propias de la conservación, de una *cláusula* exacta que determine la salvaguarda obligatoria y permanente de sus bienes y derechos mediante funciones administrativas pre-determinadas. Esta misma norma debería también cumplir el papel de enlace frente a las probables responsabilidades disciplinarias y penales de los funcionarios o empleados públicos competentes que la omitan o agredan abiertamente. Por citar un ejemplo, en el ordenamiento español, el numeral 2 del artículo 9 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio o también llamado "Reglamento de Bienes de las Entidades Locales", preceptúa expresamente que las "entidades locales tiene la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos". Vid. Corral García, Esteban, López Pellicer, José Antonio y El Consultor de los Ayuntamientos, *Reglamento de bienes de las entidades locales...* Ob. cit. pp. 66-67.

blicos que le dé forma a la ineludible obligación de tutela del patrimonio municipal (la cual aparece *implícita* tras la titularidad y las labores de administración); sobre todo y con mucho énfasis, cuando el objeto de resguardo sea un bien de dominio público.

Particularmente en el caso de las vías urbanas, clarísimos bienes demaniales y de uso común,<sup>33</sup> según la declaración expresa del artículo 56 de la LOM, se hace necesario construir un régimen exacto referido a la «protección de la legalidad urbanística»<sup>34</sup> capaz de acometer las disfuncionalidad de los derechos de propiedad urbana o de posibles poseedores precarios que ya han sido reseñados, además de permitir la determinación física y el permanente destino de aprovechamiento general de este bien (mediante ejercicios libres con arreglo siempre a su naturaleza viaria y con propósitos *principalísimos* de conectividad y de permitir los desplazamientos de las personas y vehículos).<sup>35</sup> En otras palabras, este sistema de ordenación debe ser un medio que permita materializar las características de inembargable, inalienable e imprescriptible de las vías mediante su introducción en los planes municipales, permitiendo a continuación que estas normas vinculen a todo proceso constructivo, económico o de aprovechamiento singular privado, o, incluso lleguen a limitar válidamente los derechos pertinentes de los administrados. En ese sentido, considero que este probable sistema normativo debería tener un doble origen, en primer término, mediante una modificación por ampliación de la LOM y, en segundo lugar, a través del desarrollo de Ordenanzas propias por parte de cada organización municipal (esto no sería otra cosa que una cláusula general de resguardo patrimonial emitida por el Legislador y las concretizaciones específicas por cada bien municipal según los territorios provinciales o distritales a cargo de cada Legislador local).

En concordancia con este *ordenamiento* de salvaguarda de las vías urbanas, hace falta dotar a las Municipalidades con potestades exactas que permitan el despliegue y eventual eficacia de este sistema ante supuestos concretos, Estas funciones de naturaleza *reactiva* deberán complementar las normas planificadoras y de ordenación urbanística y deberán referirse principalmente a la protección de la titularidad, la posesión y el destino de estos bienes municipales, asumiendo incluso la necesidad ineludible de contar con un sistema sancionador cuya única finalidad sea la de garantizar la preservación y correcta utilización de estos bienes viarios.<sup>36</sup>

Sobre lo último, debe señalarse que la *potestad sancionadora* ha sido expresamente entregada a las Municipalidades mediante la competencia amplia referida a la imposición de sanciones por el incumplimiento de las normas municipales (ver la primera parte del

<sup>33</sup> El uso público de la vía urbana que propugna el artículo 56 de la LOM (también entendido como uso común o general) puede ser entendido como la utilización por parte de cualquier particular que "corresponde por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás (...) el uso general del demanio se considera un derecho de uso cívico de carácter gratuito derivado del estatuto general del administrado". Vid. López-Ramón, Fernando, *Sistema jurídico de los bienes públicos...*Ob. cit. p. 152.

<sup>34</sup> Cfr. Desdentado Daroca, Eva, "Las vías urbanas"...Ob. cit. p. 3202.

<sup>35</sup> Cfr. López-Ramón, Fernando, *Sistema jurídico de los bienes públicos...*Ob. cit. p. 152.

<sup>36</sup> Cfr. Desdentado Daroca, Eva, "Las vías urbanas"...Ob. cit. p. 3202.

artículo 46 de la LOM); sin embargo, no ha existido un avance positivo mediante Ordenanzas que recojan de manera antelada los tipos infractores por el incumplimiento de especiales prohibiciones, deberes o limitaciones contenidas en normas municipales, el respectivo procedimiento para procesar al imputado y un catálogo de sanciones<sup>37</sup> aplicables a las agresiones practicadas en contra del *demanio* viario. Por eso, sería claro afirmar que nuestro régimen municipal adolece del señalamiento de conductas antijurídicas que atenten contra el contenido físico o corpus, alcance, propósito, incluso el deber de colaboración privado en defensa de estos bienes municipales, más allá de algunos dispositivos destinados a frenar el uso privativo y disfuncional aparecido a la sombra del nocivo comercio ambulatorio no autorizado<sup>38</sup>. Para mayor profundización, nos hace falta exactamente ordenamientos punitivos locales destinados a mantener los fines públicos de «ordenación, vigilancia y disciplina de las vías públicas».<sup>39</sup>

Por otro lado, para ir cerrando esta parte del trabajo, debo indicar que un rápido listado de concretas potestades que serían indispensables para ensamblar respuestas adecuadas ante la *conservación* de las vías urbanas y del propio conjunto de los bienes municipales, podría resumirse en la siguiente lista de faltantes que podríamos indicar como las *potestades* diferenciadas, pero todavía inexistentes en nuestro Derecho. En primer término, nuestro Legislador nacional debería reconocer a favor de las Municipales un arsenal de poderes, sin necesidad de agregar las competencias sancionadora y de tutela registral que ya se encuentran establecidas en la LOM, que sea capaz de conformar un régimen *exorbitante* de protección de sus bienes públicos, a partir de materializar en el caso concreto el privilegio administrativo de la autotutela. Así, hace falta plantear el ejercicio obligatorio de catalogación e inventario pormenorizado de los bienes municipales y, particularmente, de las vías urbanas<sup>40</sup>; a continuación es necesario habilitar a estas organizaciones administra-

<sup>37</sup> El Legislador peruano tipifica las siguientes formas exactas de imposición de sanciones municipales: “multa, suspensión de autorizaciones o licencias, clausura, decomiso, retención de productos y mobiliario, retiro de elementos antirreglamentarios, paralización de obras, demolición, internamiento de vehículos, inmovilización de productos”. Sin embargo, permite que las municipalidades, mediante sus Concejos Provinciales o Distritales, puedan crear otras formas de punición adaptadas a sus necesidades institucionales o al sostenimiento de los intereses públicos locales (ver tercer párrafo del artículo 46 de la LOM).

<sup>38</sup> Como había indicado en el anterior acápite del trabajo, el comercio ambulatorio no autorizado en vías urbanas es una ola incontenible para muchas de nuestras grandes ciudades. Sin embargo, a desmedro de la falta de potestades administrativas y acciones judiciales especializadas que permitan proteger adecuadamente estos bienes demaniales, los Legisladores locales siempre han tenido especial predilección por emitir normas referidas a la mencionada temática, sin que a continuación, se obtengan resultados muy halagüeños. Así, salvo una reciente recuperación de vías urbanas en la ciudad de Piura (calles ubicadas en los alrededores del mercado modelo de esa urbe), luego de más de treinta de años de ocupación precaria de comerciantes informales, se puede decir que es bastante poco lo que se puede mostrar en general. Para mayor detalle, en el ordenamiento de la Municipalidad Provincial del Callao se puede revisar la Ordenanza 000055, norma que extrañamente aprueba el *reglamento* del comercio ambulatorio dentro de esta jurisdicción (mediante una Ley de ámbito local).

<sup>39</sup> Corral García, Esteban, López Pellicer, José Antonio y El Consultor de los Ayuntamientos, *Reglamento de bienes de las entidades locales...* Ob. cit. pp. 164-168.

<sup>40</sup> Algún desarrollo de esta potestad para las vías metropolitanas de la capital peruana se puede notar tras las catalogaciones y categorías generales de infraestructura incluidas en el Plano del Sistema Vial Metropolitano que define la estructura vial del área de Lima - Callao (ver la antes mencionada Ordenanza 341).

tivas con las funciones de investigación cuyo objeto sea «averiguar la situación de aquellos bienes cuya titularidad no consta pero existen indicios de que pudieran corresponder a la entidad local, lo que supone la inexistencia de datos o documentos que justifiquen la propiedad o posesión y la existencia de indicios de que la propiedad pudiera corresponder a la Corporación»<sup>41</sup>. En adición hace falta incorporar la muy útil potestad de deslinde, que permitiría a las Municipalidades fijar unilateralmente las fronteras o límites de un bien propio a fin de definirlo e incluso de declarar provisionalmente su posesión o cualquier otro estado posesorio<sup>42</sup>. Finalmente, sin entrar a mucho detalle porque será materia de una próxima investigación, nuestra LOM adolece del señalamiento de las competencias defensivas referidas a la recuperación posesoria y al potente desahucio administrativo destinadas a «preservar la integridad material»<sup>43</sup> de los bienes municipales.

## 2. Los conceptos fundamentales que nos hacen faltan en nuestro régimen de vías urbanas

En concordancia con la revalorización del *demanio viario* que ha conducido la primera parte de este trabajo, resulta indispensable incluir en la LGTTT, RLGTTT y los ordenamientos municipales pertinentes, el concepto de *red de vías urbanas*, asumiéndolo como elemento de avanzada que permitiría consolidar la idea de infraestructura continua de caminos terrestres en una ciudad, organizada de una manera determinada y conectada físicamente en varios puntos mediante túneles, puentes, avenidas, pasos a desnivel; capaz de unirse a otras infraestructuras del transporte como aeropuertos, vías y estaciones férreas, puertos, etc.; cuya finalidad es la locomoción y desplazamiento de personas y bienes.<sup>44</sup> Evidentemente este nuevo concepto permitiría instaurar la idea de *prestaciones multimodales* y, con ella la no tan novedosa fórmula del *servicio combinado*, entendido este último como una específica «integración de los sistemas de carretera y ferroviario para lograr la máxima eficiencia económica. El transporte combinado nace de la necesidad de superar los modelos económicos y técnicos del modelo de transporte puerta a puerta en el interior de un solo modo de transporte, así como de la constatación de que la integración modal de los sistemas de transporte reduce los efectos negativos competenciales de los transportes por carretera y ferroviarios [...] promoviendo, por el contrario, la complementariedad de los sistemas».<sup>45</sup>

Sin embargo, a desmedro de la anterior explicación y tal como ya se habrá notado, ni la noción de *infraestructura*, ni tampoco el concepto de *demanio o dominio público viario urbano* (que integraría a las primeras bajo un régimen único y también especial) han sido introducidos y tratados en nuestras normas positivas. Así, en primer término debe entenderse que salvo la escueta definición del REMA referido a la infraestructura de transporte de uso público de alcance nacional, entendida como «el sistema compuesto por las obras

<sup>41</sup> Corral García, Esteban, López Pellicer, José Antonio y El Consultor de los Ayuntamientos, *Reglamento de bienes de las entidades locales...* Ob. cit. p. 171.

<sup>42</sup> Cfr. Olivan del Cacho, Javier; "Montes" en Vol. Col. *Tratado de Derecho Público Aragonés*, Cívitas-Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 1469.

<sup>43</sup> Ruiz López, Miguel Ángel, *La potestad de desahucio administrativo*, INAP, Madrid, 2012, p. 227.

<sup>44</sup> Cfr. Ariño Ortiz Gaspar y otros, *Principios de derecho público económico*, Ara, Lima, 2004, pp. 689-690.

<sup>45</sup> López Garrido, Diego, "La liberalización del transporte..." Ob. cit. p. 441.

civiles e instalaciones mecánicas, electrónicas u otras, mediante las cuales se brinda un servicio de transporte o se permite el intercambio modal» (ver literal i del artículo 3); no existe mayores avances por parte del Legislador que consoliden la idea de que las vías urbanas deben ser adaptadas y se instrumentalizan bajo el contenido más actual de la infraestructura. Es más, el correcto planteamiento hecho por el REMA, genera una disgregación entre una noción más avanzada aplicable solo a la red vial nacional<sup>46</sup> frente a un hueco conceptual que termina llevando a las vías urbanas solo hacia al aspecto de la instalación física, tanto en la *ratio legis* de su ordenamiento como en su tratamiento ejecutivo por parte de las Municipalidades, sin asumirse a continuación que sobre cualquier calzada pueden integrarse elementos no tangibles y otro tipo de servicios (medios inmateriales referidos a de tecnología visual, prestaciones de video-vigilancia ciudadana, elementos de escucha sonora para desastres naturales, etc.). Más todavía, la falta de reconocimiento de este instituto no permite desplegar a su concepto indivisible: la mencionada *red*, pues como bien indica Ariño, la «idea de red deviene en [...] algo consustancial a [...] la infraestructura de la misma forma en que lo era el de construcción al de obra pública».<sup>47</sup>

Por otro lado, acerca del *demanio o dominio público viario urbano o local*, sin perjuicio que no existe un concepto expreso, resulta evidentemente que parte de esta omisión se debe a que nuestras disposiciones nacionales han puesto un notorio énfasis sobre la *carretera*, a partir de caracterizarla de manera algo clara,<sup>48</sup> frente a una abierta indefinición de las vías urbanas;<sup>49</sup> desequilibrio que luego se expande a la ordenaciones municipales e impide llevar el carácter demanial de estas infraestructuras a una sistematización mínima (ver el mencionado artículo 56 de LOM). Por tanto, si no sabe de qué se compone el demanio viario (cuál es su alcance), no se le puede definir con exactitud y menos entender de qué se trata. Frente a esta situación nada favorable, hace falta no solo plantear un concepto de vías urbanas (tal como se ha hecho al inicio de este acápite), sino también entender que estas son la médula y quedan ensambladas o integran el instituto superior repetidamente formulado, a fin de servir utilitariamente de «soporte, por su afectación, al servicio a los ciudadanos, a los territorios y a la economía en general»<sup>50</sup>. Siendo así, y siguiendo a Des-

<sup>46</sup> La red vial nacional es el conjunto más importante de las vías existentes en el país, según la jerarquización planteada por el RJV. Es definida por el artículo 4 de esta norma reglamentaria como la agrupación de «las carreteras de interés nacional conformada por los principales ejes longitudinales y transversales que constituyen la base del Sistema Nacional de Carreteras».

<sup>47</sup> Ariño Ortiz Gaspar y otros, *Principios de derecho público*...Ob. cit. p. 689.

<sup>48</sup> El literal d) del artículo 2 del RJV indica que la carretera es un «camino para el tránsito de vehículos motorizados, de por lo menos dos ejes, con características geométricas definidas de acuerdo a las normas técnicas vigentes».

<sup>49</sup> De manera errada, el literal u) del artículo 2 del RJV no define a las vías urbanas, pues indica, siguiendo un criterio negativo o de expurgación, que estas serán «las arterias o calles conformantes de un centro poblado, que no integran el Sistema Nacional de Carreteras SINAC». Ante esto, cabría preguntarse si se puede conceptualizar a un objeto mediante elementos que no lo caracterizan o por su no pertenencia a una agrupación de vías completamente alejadas de su funcionalidad y naturaleza intrínsecas (como sucedería con las carreteras).

<sup>50</sup> Morillo-Velarde Pérez, José Ignacio, «La Ley 8/2001, de 12 de julio, de carreteras de Andalucía: servicio público viario y dominio público viario» en Revista Andaluza de Administración Pública, número 43, año 2001, p. 399.

dentado, el *demanio viario urbano o local* es un conjunto de infraestructuras municipales «cuya importancia social y económica es manifiesta, pues son el soporte imprescindible para la circulación de bienes y personas, para la prestación del servicio de transporte, para el acceso del hombre al medio natural y al disfrute de su entorno, e incluso, para la realización de actividades de ocio o deportivas [...] a lo que suma también, en algunos casos, el desempeño de una importante función ecológica».<sup>51</sup>

Regresando al punto de inicio de este acápite, un factor adicional a tener en cuenta en la introducción del concepto de *red de vías urbanas* es que este permitiría poner en valía y sacar a la luz el *principio de responsabilidad pública* recaído sobre los hombros de nuestras Municipalidades Provinciales y Distritales, de cara al sostenimiento y expansión de esta infraestructura viaria que deberá conformarse en cada localidad. No debe olvidarse que este papel municipal prioritario, actualmente dejado a su suerte, deberá aparecer en cualquier intento reformista, siendo su implantación indispensable para preservar el interés público, pues como bien lo fundamentó Esteve Pardo

el denso tejido de servicios, prestaciones e infraestructuras, que se ha configurado en el último siglo no es solo ya que políticamente resulte irrenunciable en sus contenidos esenciales, sino que no puede prescindirse materialmente de él ya que tiene sus dependencias estructurales y tecnológicas que requieren una dirección o intervención continua con una *visión de conjunto, pública*; no solo para atender a los intereses de los ciudadanos y destinatarios de prestaciones, sino para proveer también de servicios a los propios agentes económicos y prestadores a su vez de otros servicios añadidos. En los llamados servicios en red, aunque no solo en ellos se hace bien perceptible esa configuración estructural y tecnológica que impone una *tutela y regulación pública*.<sup>52</sup>

Dicho lo anterior, cabría reconocer que algunas de las anteriores fórmulas conceptuales han aparecido en la reciente y ya mencionada Ordenanza 1613 de Lima Metropolitana, al menos en cuanto a la integración de los modos de transporte de la capital (llamada por la norma como «integración física y operacional, de medios de pago y tarifaria») y la implantación de una *red* única de corredores unidas a las vías ferroviarias del Metro Lima (sistema masivo que tiene su propio régimen separado y dependiente del Poder Ejecutivo); sin embargo, basta recordar que esta disposición aunque perfectible deberá ir acompañada de una enorme tarea de construcción, expansión y posterior mantenimiento de las correspondientes infraestructuras viales;<sup>53</sup> caso contrario, el Sistema Integrado de

<sup>51</sup> Desdentado Daroca, Eva, "Las vías urbanas"...Ob. cit. p. 3180.

<sup>52</sup> Esteve Pardo, José, "La regulación de la economía desde el Estado" en Vol. Col. *La autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*, Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativa-Aranzadi, Santander, Volumen II, pp. 90-91.

<sup>53</sup> Solo para mostrar algunas de las tareas urgentes que deberán realizar la Municipalidad de Lima y de otras grandes ciudades que exceden el medio millón de habitantes, como bien indica el autor López Garrido la constatación y existencia efectiva de la integración modal de transporte implica la necesidad imperiosa de "infraestructuras idóneas (terminales intermodales) que hagan posible la racionalización de los transbordos desde un sector del transporte hacia otro". Vid. López Garrido, Diego, "La liberalización del transporte...Ob. cit. p. 441.



Transporte Público de Lima Metropolitana será una fantasía acompañada de la cobertura de un papel mojado.<sup>54</sup>

### III. FRENTE A LA PRIVATIZACIÓN DE LAS OPERACIONES DEL TRANSPORTE URBANO, ES VÁLIDO PREGUNTARSE SI EXISTE LIBERALIZACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA VIAL EN LAS CIUDADES PERUANAS

En este punto, quisiera iniciar por presentar un pequeño balance sobre el ámbito de la liberalización del servicio de transporte urbano iniciada en el país en el año 1991 con la puesta en vigor del señalado Decreto Legislativo 651, frente a las vías urbanas. Y como conclusión adelantada debo decir que este concepto multisignificante, a pesar de haberse introducido y permanecer vigente en la LGTTT y su RLGTTT bajo una de sus modalidades (como *despublicación* o *despublicatio* que conlleva la devolución del sector de parte del Poder Público al mercado), solo ha sido aplicable en puridad a las *operaciones del transporte* gestionadas por particulares habilitados previamente por las Municipalidades, debiendo estas concretas prestaciones ser consideradas como «originariamente [...] privadas sometidas a los controles que el mantenimiento del orden público aconseje».<sup>55</sup>

A desmedro de las anteriores cuestiones, de ninguna manera puede decirse que las vías urbanas y otros bienes municipales complementarios aplicables al servicio indicado en el presente acápite han pasado a la administración, responsabilidad gestora y consecuente explotación de privados interesados. Es más, tal como habíamos adelantado en líneas anteriores, la *gestión indirecta* de estos bienes de dominio público que se montaría instrumentalmente en los contratos de concesión de obra pública, algunos muy específicos de concesión de prestaciones fundamentales para el interés público vial<sup>56</sup> o de asociación público-privada; solo quedó confinada a puntuales proyectos capitalinos, los cuales actualmente se encuentran desarrollándose en fases iniciales o medias de ejecución.

<sup>54</sup> Otras grandes ciudades peruanas como Trujillo y Arequipa también han planteado la necesidad de contar con Sistemas Integrados de Transportes Urbanos; además vale también rescatar el inicio de la construcción del primer servicio de transporte masivo por rieles fuera de Lima Metropolitana llamado *Metro Wanka*, ubicado en Huancayo y concesionado en su operación a favor de la empresa Ferrovías Central Andina. En el mismo orden ideas, sobre la ciudad de Trujillo mencionada en este comentario, he tenido acceso a sus normas legales y reglamentarias emitidas por su Municipalidad Provincial destinadas a crear y sostener su Organismo Público Descentralizado denominado "Transportes Metropolitanos de Trujillo" cuyo ámbito funcional se refiere a los proyectos "vinculados al nuevo sistema de transporte público urbano e Interurbano de la Provincia". Al respecto, puede revisarse las Ordenanzas Municipales 020-2011-MPT, 021-2012-MPT y el Acuerdo de Concejo 112-2013-MPT.

<sup>55</sup> Abruña Puyol, Antonio y Baca Oneto, Víctor, *Notas al curso de derecho...* Ob. cit. p. 436.

<sup>56</sup> Con relación a lo indicado en el párrafo principal, me estoy refiriendo a las sub-modalidades contractuales de gerencia o de gestión delegada interesada cuyos probables objetos serían la entrega a manos privados de la regulación del tránsito en rutas troncalizadas mediante dispositivos de control. Acerca de estas formas de contratos administrativos prestacionales cercanas a la concesión de servicio público puede revisarse a Araujo-Juaréz, José, *Derecho Administrativo General-Servicio Público*, Paredes, Caracas, Tomo II, 2010, pp. 246-249.

Toda esta visión más *modesta* ante la iniciativa privada plenamente sustentada en los datos fácticos de más de dos décadas, se contraponen frente al impulso inicial del Legislador por promoverla «en cualesquiera de las formas empresariales y contractuales permitidas por la Constitución y las leyes» (ver numeral 5.1 en la LGTTT), a fin de lograr un conjunto de infraestructuras terrestres concesionadas, incluso con específicos correlatos físicos como «la construcción y operación de terminales de transporte terrestre de pasajeros o mercancías» (artículo 8 de la LGTTT); con lo cual, cabe comprender que el mercado no solo no se ha sentido atraído hacia el aprovechamiento de esta porción importante del dominio público urbano, si no que adicionalmente el primero siempre tendrá restricciones originales frente a determinados empeños que impiden su plena operatividad, no solo por la falta de retornos monetarios o imposibilidad de desplegar eficazmente las facultades de la libertad de empresa y otros derechos de contenido económico y social, sino y principalmente por «la presencia de infraestructuras y condicionantes materiales que tienden a imponer monopolios naturales al menos en ciertos sectores de la actividad económica [...]».<sup>57</sup>

Con esto, no quisiera que el lector asuma una tendencia del autor hacia el cuasi-acaparamiento equilibrador de la operación en las esferas de unos cuantos prestadores, ante la evidente falta de vías urbanas que padecen nuestras ciudades (con una realidad que busque asemejarse a la intervención prestadora que realizaba nuestra administración pública durante y antes de los años ochenta del siglo pasado); por el contrario, lo que pretendo mostrar es que la liberalización del transporte urbano es solo *parcial* y este fenómeno no presenta posibilidad alguna de enraizarse sobre su soporte material o físico, pues aunque se intente incentivarla (incluso con normas expresas), estos bienes de dominio público, indispensables y afectados al interés general, siempre corresponderán al ámbito de lo que los alemanes llamaron como «funciones no privatizables».<sup>58</sup>

Al respecto, la profesora Moreu Carbonell mostraba algunos antecedentes que bien podrían ser explicativos de estas aparentes contradicciones o eclosiones entre subsidiariedad social, bienes públicos, prestaciones de mercado y cubrimiento satisfactorio del interés público, que se encontrarían tras este repetido desapego de los privados por la gestión rentada practicada sobre las vías urbanas y la falta de un mínimo impulso público de tutela sobre estas cosas. Indicaba la autora española que las causas de este proceso tan contradictorio estaría por un lado, en la perspectiva de que «el régimen del dominio público se considera un obstáculo —por su rigidez— para el desarrollo de las grandes infraestructuras públicas, en un camino que evoluciona hacia la desvinculación de los clásicos conceptos de obra pública/dominio público. La finalidad de conseguir mayor rentabilidad económica con estas redes de infraestructuras, financiadas y gestionadas ahora por entidades privadas, parece ser incompatible con el dominio público. Por otro lado, la liberalización de los servicios públicos afecta necesariamente al sustrato material de dichos servicios, rompiéndose también el binomio servicio público/dominio público».

<sup>57</sup> Esteve Pardo, José, «La regulación de la economía desde el Estado...Ob. cit, p. 86.

<sup>58</sup> Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en general*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, pp. 1061 y ss.

blico. Binomio que, además, ha dejado de identificarse con el dominio público, puesto que también los bienes patrimoniales se encuentran materialmente afectados a servicios y finalidades públicos».<sup>59</sup>

Sin embargo, ninguno de los dos extremos de adelgazamiento o ensanchamiento del contenido del *demanio público viario o local* pueden servir para entregar lo mejor y más necesario en las actuales circunstancias de las infraestructuras del transporte urbano, en el sentido que ni su liberalización es una respuesta *correcta*, esta no se ha dado y por tanto debe ser despojada de atributos de sobreestimación; ni tampoco el dominio público puede ser calificado, abiertamente, como un *problema* que impide y plantea vallas al financiamiento privado de diversas vías urbanas previamente atractivas al mercado.<sup>60</sup>

En todo caso, la clave —a mi modo de ver— está en entender lo que el profesor López-Ramón denominó como la «escala de publicidad de las cosas públicas», presentada como un medio de equilibrio para delimitar el ámbito de estas, tratando de mostrarlas como un grupo bien heterogéneo que deben presentar sub-tratamientos jurídicos desde una base común. Decía de manera expresiva el autor aragonés «que la mencionada escala nos facilita no solo una guía para comprender la intensidad de las potestades públicas de regulación y apropiación de las cosas, sino también un instrumento para calibrar el ajuste de tales potestades al ámbito del necesario desenvolvimiento de la propiedad privada en función de las utilidades públicas que prestan las cosas. Bajo la óptica del Derecho, los límites de la escala funcionan como conceptos jurídicos indeterminados, cuya concreción puede generar situaciones de incertidumbre y requiere siempre examinar las circunstancias del caso concreto».<sup>61</sup>

Por eso, es urgente ante los intentos privatizadores o de achaques de males al instituto jurídico-administrativo, la implantación de un entendimiento abierto, equilibrado y más funcional de este, no como un elemento tradicional de acaparamiento y, a veces, abandono y destrucción de un sinnúmero de cosas necesarias para la salvaguarda intereses públicos, sino bajo una faceta nueva que permita el desarrollo de unas *obligaciones de dominio público* para los bienes de quienes realizan funciones públicas, *cualquiera que sea su naturaleza pública o privada*, orientadas a garantizar su integridad física y su afectación al fin público de que se trate. Ello permitiría compatibilizar los criterios de rentabilidad de ciertos servicios desregularizados con las necesidades del servicio universal, sin incurrir en las graves rigideces que ahora plantea la vieja institución del dominio público.<sup>62</sup>

Creo que esta configuración práctica de imposición de *obligaciones de dominio público* es una respuesta valedera ante los retos que plantea la imposibilidad de despublicar parte del *demanio urbano*, pero sin que esta dureza mediatice o haga desfallecer las iniciativas

<sup>59</sup> Moreu, Carbonell, Elisa, "Desmitificación, globalización de los bienes públicos: del dominio público a las "obligaciones de dominio público"" en *Revista de Administración Pública*, número 161, 2003 p. 446.

<sup>60</sup> Cfr. Ruiz Ojeda, Alberto, "La financiación privada de obras públicas" en Vol. Col. *La financiación privada de obras públicas: marco institucional y técnicas aplicativas*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 126.

<sup>61</sup> López-Ramón, Fernando, "Teoría jurídica de las cosas públicas" en *Revista de Administración Pública*, número 186, 2011, p. 40.

<sup>62</sup> Moreu, Carbonell, Elisa, "Desmitificación, globalización de los bienes públicos...Ob. cit. p. 476.

privadas en infraestructuras viales que sean rentables, y sobre las cuales deberá recaer el anterior concepto mediante la introducción de cláusulas exactas en el respectivo contrato administrativo, las cuales deberán definir principalmente las condiciones de permanencia, igualdad y regularidad del uso público<sup>63</sup> imputables a las vías urbanas, otros bienes secundarios previamente concesionados, o incluso sobre bienes de propiedad del gestor considerados necesarios para proteger intereses viarios o derechos de los ciudadanos involucrados. Todo esto, sin perjuicio de la protección y garantía de la integridad física de estas cosas y otras prerrogativas clásicas de los bienes públicos conformantes del nivel de apoderamiento que quiera dársele al concedente<sup>64</sup> (como la reducción de inalienabilidad de un bien del concesionario afectado directa e inmediatamente al interés público).

Pero, estas introducciones contractuales y casuísticas de las *obligaciones de dominio público* son solo la primera parte de un largo camino que debe llevarnos al cambio de nuestra vigente legislación de bienes estatales, la reducción del *maremágnum* de normas municipales y regionales que regulan las respectivas agrupaciones bienes y cosas públicas de estas organizaciones administrativas descentralizadas y, como no, de la propia jurisprudencia constitucional, siendo necesario abandonar la limitada *dicotomía* entre bienes de dominio público y bienes de dominio privado que se mantiene en nuestro Derecho, subsistiendo a partir de una incorrecta y cerrada alusión extraída del artículo 73 de la Constitución y los posteriores desarrollos normativos inferiores (ver por ejemplo los literales a y b del numeral 2.2 del Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA).

Ahora bien, el punto final de esta ruta nos permitirá entender que el protagonismo sobre las vías urbanas deberá ser reconducido hacia la participación municipal activa y obligatoria, más allá de voces y datos que intenten relativizarla, pues así lo manda la demanialización preceptuada expresamente en el vigente artículo 56 de la LOM, pero sin nunca olvidar que sus intervenciones se ligan a fondos públicos limitados, con lo cual el *afán voraz* por ser un administrador y gestor de infraestructuras viales que aludimos antes, deberá ir acompañado siempre de los privados, tal como manda el contenido pertinente de nuestra subsidiariedad social (sector público y privado conformando juntos el bienestar común, a veces con el papel principal de un lado de la balanza, según la densidad, principios diferenciadores o signos peculiares planteados por el Legislador o incluso la propia Constitución en la concreta actividad o sector).

## Abreviaturas

CR: Clasificador de Rutas del Sistema Nacional de Carreteras, Decreto Supremo 012-2013-MTC.

CT: TUO del Reglamento Nacional de Tránsito, Decreto Supremo 016-2009-MTC.

LGTTT: Ley General del Transporte y Tránsito Terrestre, Ley 27181.

LMPID: Ley Marco para la Promoción de la Inversión Descentralizada, Ley 28509.

<sup>63</sup> Cfr. Embid Irujo, Antonio, «Las sociedades estatales para la construcción: explotación, adquisición y... de obras hidráulicas: nuevas reflexiones» en Vol. Col. *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Cívitas, Madrid, Tomo I, 2003, p. 466.

<sup>64</sup> Cfr. Moreu, Carbonell, Elisa, "Desmitificación, globalización de los bienes públicos...Ob. cit. p. 466.

LBD: Ley de Bases de la Descentralización, Ley 27783.

LOM: Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.

REMA: Reglamento marco para el acceso de infraestructura de transporte de uso público, aprobado por Resolución de Presidencia del Consejo Directivo 014-2003-CD-OSITRAN

RLGTTT: Reglamento de la Ley General del Transporte y Tránsito Terrestre, Decreto Supremo 033-2001-MTC.

RJV Reglamento de Jerarquización Vial, Decreto Supremo 017-2007-MTC

# LOS BIENES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN EL DERECHO COLOMBIANO. APORTES PARA SU CLARIFICACIÓN

Por *JULIÁN ANDRÉS PIMIENTO ECHEVERRI* \*

## SUMARIO

Introducción. I. El debate en torno a la propiedad de los bienes públicos de las entidades territoriales. II. El régimen jurídico de los bienes públicos locales.

## INTRODUCCIÓN

En Colombia, el derecho de los bienes públicos ha sido, quizá, uno de los temas en los que menos debate doctrinal ha habido; esta materia se encuentra en esa zona secante que existe entre el derecho público y el derecho privado, por ello es normal encontrar grandes vacíos en cuanto al análisis general de la propiedad pública, de la afectación al interés general y de las formas de gestión de este particular patrimonio.

Lo cierto es que se trata de uno de los pilares del derecho administrativo. El estudio del patrimonio público y de su régimen jurídico no solo constituye un aspecto esencial de esta disciplina del derecho, sino que se erige como uno de las materias más importantes del derecho de las entidades territoriales, a pesar de ello estaríamos tentados a hacer nuestro diagnóstico que más de 30 años atrás realizó el profesor Augusto Hernández Becerra: «Sin negar que el régimen constitucional y legal del patrimonio nacional, departamental y municipal es no solo confuso y asistemático, sino francamente caótico, creo que con los actuales elementos de juicio es posible considerar la existencia de bienes de uso públicos municipales y también departamentales, como veremos en su oportunidad».<sup>1</sup>

En el presente artículo intentaremos hacer una presentación general del régimen jurídico de los bienes que en la actualidad componen el patrimonio general de las entidades territoriales, los municipios principalmente, con la finalidad de aportar algunas reflexiones globales en torno a las condiciones en que se debe realizar su gestión a partir de la

---

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Titular de un DSU en Derecho Administrativo y Magíster en Derecho Público Interno de la Universidad París II, Panthéon-Assas. Doctor en Derecho Público por la Universidad París II, Panthéon-Assas. Docente Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Magistrado auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia. Correo electrónico: pimiento.julian@gmail.com.

<sup>1</sup> Augusto Hernández Becerra, *Estado y Territorio. En la teoría general, en el derecho colombiano y en el derecho comparado*, UNAM, México, 1981, p. 109.

Constitución Política y de las demás normas jerárquicamente inferiores que rigen la materia en el ordenamiento jurídico colombiano, para lo cual será menester, como primera medida, clarificar la naturaleza jurídica de la relación que liga las entidades territoriales a sus bienes (I), para, en segundo lugar, clarificar el régimen jurídico de los bienes públicos territoriales (II).

## I. EL DEBATE EN TORNO A LA PROPIEDAD DE LOS BIENES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

A partir de la legislación nacional y, principalmente, por una particular interpretación del artículo 674 del Código Civil en torno a la concepción de la naturaleza jurídica del derecho que une los bienes públicos a las personas públicas, se ha llegado a considerar que las entidades territoriales no pueden ser titulares de *sus* bienes de uso público (A), sin embargo tal postura resulta, en nuestro criterio, desmentida por la realidad misma del ordenamiento jurídico que reconoce esa relación jurídica y la califica como un derecho de propiedad (B).

A. La difícil interpretación del artículo 674 del Código Civil. La aparente negación de la titularidad local de los bienes de uso público.

El punto de partida de cualquier análisis en la materia, para el derecho colombiano, debe ser el artículo 674 del Código Civil, por cuya virtud: «[s]e llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República // Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio // Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales».

Algunas conclusiones se pueden extraer de la disposición normativa transcrita: en primer lugar, el codificador colombiano, en apariencia a semejanza de los sistemas europeos, optó por un sistema binario de clasificación de los bienes públicos, en el cual se encuentran por un lado los bienes de uso público y, por el otro, caracterizada por su residualidad, se encuentran los bienes fiscales;<sup>2</sup> en segundo lugar, el elemento que define la

<sup>2</sup> Sin embargo, “No se trata de categorías impermeables, puesto que la utilización del adverbio generalmente indica que en ocasiones los bienes fiscales pueden ponerse a disposición de los particulares, como es el caso de los bienes públicos utilizados para la realización de algunos servicios públicos”, JULIÁN PIMIENTO, *Reflexiones en torno a la división de los bienes públicos en el Código Civil*, Revista de Derecho Privado, No. 21, diciembre de 2011, U. Externado, Bogotá, p. 228; al respecto ver, también del mismo autor: *Derecho Administrativo de Bienes*, U. Externado, Bogotá, 2014 (en prensa), p. 109 y siguientes. Encontramos una determinación similar para el dominio privado en el derecho francés. En efecto, según el artículo L.2111-1 “[h]acen parte del dominio privado los bienes de las personas públicas mencionadas en el artículo L. 1, que no pertenecen al dominio público por aplicación de las disposiciones del título I del libro I”, fórmula que ya se encontraba en el código del dominio del Estado. En el comentario de este artículo, esta definición negativa del dominio privado parece “completamente lógica en la medida en que el régimen de la demanialidad pública es un régimen de excepción”, *Code général de la propriété des personnes publiques*, Litec, 2010, p. 223. Sin embargo, dudaríamos hacer esta afirmación de manera tajante para el derecho colombiano, puesto que la categoría de los bienes fiscales no excluye toda afectación al interés general, solamente la del uso público.

inclusión en una u otra categoría es la *pertenencia del uso a los habitantes de un territorio*; en tercer lugar y último lugar, la cuestión de la propiedad de los bienes públicos.

Esta cuestión, la de la propiedad, genera una doble inquietud en el ámbito local: la aparente negación general de la propiedad de los bienes de uso público tradicionalmente forjada por la doctrina, por un lado, y la también aparente negación de la propiedad de los bienes de uso público locales.

Mucho se ha dicho y escrito en torno al derecho de las personas públicas respecto de los bienes de uso público (en algunos países ampliada a lo que se conoce como dominio público<sup>3</sup>), tanto que podríamos adherir sin dificultad a la famosa frase de A. de Laubadère, según la cual «el dominio público tiene el don de excitar la mente de los juristas»<sup>4</sup>. Pues bien, sin ánimo de entrar en tan profunda discusión, nosotros partimos de la idea que hemos defendido en otras oportunidades<sup>5</sup> según la cual el derecho de propiedad es la figura jurídica que puede explicar de mejor manera las relaciones de las personas de derecho público respecto de los bienes de uso público no solo porque, cómo lo señala Paolo Grossi<sup>6</sup>, son ellas las que son titulares de la relación más intensa que puede existir sobre el bien en un momento determinado, sino porque el ordenamiento jurídico expresamente lo ha reconocido así.

Desde un punto de vista estrictamente exegético, el artículo 674 del Código Civil establece que los bienes públicos son aquellos «cuyo dominio pertenece a la República», a su vez el artículo 669 del mismo cuerpo normativo indica que «el dominio, que también se llama propiedad, es el derecho», por manera que, para todos los efectos, las palabras *dominio* y *propiedad* deben entenderse como sinónimas, convirtiendo los bienes públicos —entiéndase los bienes de uso público y los llamados bienes fiscales—, como sometidos a un mismo derecho: la propiedad pública.

Ahora bien, la dualidad aparente entre los bienes de uso público y los bienes fiscales llevó a que, como ocurrió en algunos países europeos, se hubiera considerado que se trataba de dos relaciones sustancialmente distintas: mientras que para los primeros, la propiedad se encontraba excluida restringiéndose tal relación jurídica a una expresión de la soberanía; en el caso de la segunda categoría, se trata de una especie de *propiedad priva-*

---

<sup>3</sup> Al respecto ver, por todos: Yves gaudemet, *Droit administratif des biens*, 13a. ed., LGDJ, París, 2008 y Julio González García (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

<sup>4</sup> André de Laubadère, *Domanialité publique, propriété administrative et affectation*, *Révue de Droit Public*, 1950, p. 5.

<sup>5</sup> Julián Pimiento, *Teoría de los bienes de uso público*, U. Externado, Bogotá, 2010 y *Derecho Administrativo de Bienes*, U. Externado, Bogotá, 2014 (en prensa).

<sup>6</sup> Quien afirma que, para el historiador, “‘propiedad’ debe ser solamente un artificio verbal para marcar la relación histórica que un ordenamiento da al problema del vínculo jurídico más intenso entre un sujeto y un bien, o en otras palabras, la respuesta a la interrogación central sobre la constancia mínima del ‘mito jurídico’; soluciones y respuestas que son por doble título múltiples según los varios climas históricos y según los variados contenidos que un mismo clima histórico da a aquella envoltura abierta y disponible que convencionalmente identificamos con propiedad”, Paolo Grossi, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Civitas, Madrid, 1992, p. 22.



da de la Administración.<sup>7</sup> Como lo hemos señalado en otra oportunidad,<sup>8</sup> esta distinción resulta superficial y no se compadece con la realidad del derecho colombiano en el que es posible encontrar un concepto unívoco de propiedad pública, cuyas fuentes se encuentran directamente en el texto constitucional pero que se encuentra desarrollada por diversas normas jurídicas. Así, la propiedad pública puede definirse como «el derecho que tienen las personas jurídicas de derecho público de gozar y disponer de sus bienes —de uso público o fiscales según la distinción tradicional— en el marco de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad» atendiendo las finalidades del interés general (arts. 2 y 209 de la Constitución Política), las personas de derecho público disponen respecto a sus bienes, entonces, de todas las prerrogativas del propietario, limitadas o amplificadas, según la destinación que se haya establecido para el bien en cuestión.

Aun cuando se podría llegar a un consenso en torno a la existencia de la propiedad pública<sup>9</sup>, subsiste la cuestión de qué entidades públicas pueden ser propietarias de bienes de uso público, el asunto se contrae entonces a determinar en qué sentido debe entenderse la expresión *aquellos [bienes] cuyo dominio pertenece a la República*.

La respuesta a dicho cuestionamiento se puede interpretar en dos sentidos: si se considera, como lo ha hecho buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia, que no existe propiedad sino algún tipo de derecho derivado de la soberanía (dominio eminente o derecho de guarda y superintendencia), resulta que un Estado Unitario como lo es el colombiano (preámbulo de la Constitución), las entidades territoriales no podrían ser titulares de bienes de uso público; otra postura, menos acogida, consiste en considerar

<sup>7</sup> Según la Corte Suprema de Justicia, el “Estado los posee y administra como un particular. Son fuentes de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común” (Corte Suprema de Justicia, Sala de negocios generales, 27 de septiembre de 1940), porque se trata de bienes que constituyen “elementos positivos de un patrimonio, en este sentido idénticos a los que componen el patrimonio de los particulares, se rigen por el derecho común, están en el comercio” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, 31 de mayo de 1961), por lo tanto “los entes de derecho público se comportan, en un todo, como lo haría un particular” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil y agraria, 29 de Julio de 1999, rad. S-029). El Consejo de Estado utilizó este análisis en algunos de sus fallos, de esta manera, “Los bienes fiscales o patrimoniales pertenecen al Estado como una especie de propiedad pública”, pero “como norma general se rigen por la legislación común” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 29 de noviembre de 1995, rad. 745), por ello, el “Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de febrero de 2001, rad. 16596), entonces las personas públicas “ejercen las atribuciones propias de los particulares” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 30 de agosto de 2001, rad. 1341). Por su parte, la Corte Constitucional explica que los bienes fiscales “[s]on, en cierto sentido, bienes de propiedad privada de las entidades estatales” (Corte Constitucional, C-251/96).

<sup>8</sup> Julián Pimiento, *Reflexiones... op. cit.*

<sup>9</sup> Como lo ha hecho recientemente el Consejo de Estado en las sentencias de la Sección Tercera, del 18 de julio de 2012, Exp. 24780 y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 29 de octubre de 2013, Exp. CIL-744. En la primera de ellas se afirmó que: “... el ordenamiento jurídico colombiano consagra la propiedad de los bienes de uso público. El titular de dicho derecho real está constituido por la persona jurídica de la Nación, para los bienes de uso público nacionales, mientras que para los demás bienes de uso público serán, en principio, las entidades territoriales en cuya jurisdicción se encuentren”.

que el Código Civil excluyó de manera expresa la propiedad de las personas de derecho público locales al referirse de manera exclusiva a la República.

En cuanto a esta segunda hipótesis, es posible descartarla de plano puesto que la norma en estudio se refiere de manera indistinta, al menos en lo atinente a la propiedad pública, a los bienes de uso público y a los llamados fiscales, por lo que darle curso implicaría vaciar de su contenido el patrimonio de las entidades territoriales en provecho de la Nación, pero además por esa vía se podría llegar a la negación de la propiedad territorial de los bienes fiscales, lo que resultaría, a todas luces, contrario a la realidad.

En cuanto a la primera hipótesis, la imposibilidad de que las entidades territoriales sea propietarias de bienes de uso público encuentra su principal consideración en que en vista de que el uso de ellos *pertenece* a la colectividad, el ordenamiento jurídico, principalmente la Constitución Política, le ha entregado a las personas de derecho público la guarda y gestión de estos bienes con el exclusivo fin de que se conserve su destinación, así, según el Consejo de Estado, «recae sobre el Estado, a través de sus distintas entidades, en su condición de gestoras —que no de titulares, como acaba de precisarse— de los bienes de uso público, la obligación constitucional y legal de brindar efectiva protección a dichos bienes».<sup>10</sup>

La postura reseñada, que ha sido seguido por alguna parte de la doctrina y de la jurisprudencia, es, en nuestro criterio, puesta a prueba por la realidad de la gestión de las entidades territoriales. Desde ya podemos afirmar que en lo que nos respecta, las entidades territoriales, personas locales de derecho público, son propietarias de los bienes de uso público, y en general de sus bienes públicos, en los términos en que lo haya contemplado el legislador.

## **B. Argumentos a favor del reconocimiento de la propiedad de las entidades territoriales de sus bienes de uso público**

Son numerosas las razones que permiten afirmar, sin ambages, que las entidades territoriales son propietarias de los bienes públicos que se encuentran en su patrimonio, entre ellos como es evidente, los bienes de uso público, se pueden encontrar diversos argumentos en torno a la personalidad jurídica de las entidades territoriales, aspectos contables y de responsabilidad fiscal, así como a los modos de adquisición de estos bienes.

### **1. El argumento de la personalidad jurídica. Las entidades territoriales como centros de imputación de intereses generales sectoriales.**

Más allá de la interesante discusión en torno a la personalidad jurídica como elemento necesario de la realización de competencias administrativas, lo cierto es que el ordenamiento jurídico colombiano le reconoció a las entidades territoriales tal calidad, establecidas por ello como entidades descentralizadas;<sup>11</sup> dicho reconocimiento se encuentra cargado de

---

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390.

<sup>11</sup> En los términos del artículo 80 de la Ley 153 de 1887, a cuyo tenor: “La Nación, los Departamentos,

consecuencias jurídicas, la más importante, a nuestros ojos, es la constitución de un patrimonio —atributo de la personalidad según los cánones jurídicos tradicionales— en el que se encuentran sus bienes, acreencias y obligaciones.

El asunto de los bienes públicos locales, en nuestro criterio, se encuentra en el corazón de la regulación que aún hoy en día tiene la materia, el derecho castellano, cuya influencia en la materia en los ordenamientos jurídicos del continente no puede ser puesta en duda, fue construido principalmente a partir de la experiencia local, son los *fueros* —cuerpos normativos basados en el derecho consuetudinario— los que permiten explicar la normativa escogida por los compiladores de los siglos XIII y XIV. Así, desde el punto de vista municipal, existían dos grandes categorías de bienes: los bienes comunales de uso común y los bienes de propios.<sup>12</sup>

La distinción de ambas categorías obedecía al uso que se le diera a los bienes, en efecto, en las Partidas se reconoce que hay unos bienes que «[a]partadamente son del común de cada una cibdat ó villa las fuentes et las plazas do facen las ferias et los mercados , et los logares do se ayuntan á concejo, et los arenales que son en las riberas de los ríos, et los otros exidos, et las correderas do corren los caballos, et los montes et las dehesas et todos los otros logares semejantes destos que son establecidos et otorgados para pro comunal de cada una cibdat, ó villa, ó castiello ó otro lugar; ca todo home que fuere hi morador puede usar de todas estas cosas sobredichas, et son comunales á todos, también a los pobres como á los ricos» (Partidas, III, XXVIII, 9). La ley se refiere a los bienes de uso común; más adelante se indica que «[c]ampos, viñas, et huertas, et olivares, et otras heredades, et ganados et siervos et otras cosas semejantes que dan fruto de sí ó renda, pueden haber las cibdades et las villas, et como quier que sean comunales á todos los moradores de la cibdat ó de la villa cuyas fueren, con todo eso non puede cada uno por sí apartadamente usar de tales cosas como estas. Mas los frutos, et las rendas que salieren dellas deben seer metidas en pro comunal de toda la cibdat ó villa cuyas fueren las cosas onde salen, asi como en labor de los muros, et de las puentes, et de las calzadas, ó en tenencia de los castiellos, ó en pagar los aportellados, ó en las otras cosas semejantes destas que pertenescen al pro comunal de toda la cibdat ó villa» (Partidas, III, xxviii, 10).

La redacción del texto merece algunas observaciones. En primer lugar, la base del patrimonio municipal es la propiedad comunal, sin embargo, no se trata de una especie de propiedad colectiva de los miembros de la colectividad, sino de una propiedad institucionalizada por la solidificación del municipio como entidad política y jurídica, de esta manera, la propiedad comunal de la norma quiere decir propiedad municipal;<sup>13</sup> en segun-

---

los Municipios, los establecimientos de beneficencia y los de instrucción pública, y las corporaciones creadas ó reconocidas por la ley, son personas jurídicas», en idéntica dirección, ver, también el artículo 4 del Decreto-ley 1333 de 1986.

<sup>12</sup> Cf. A. Bermúdez Aznar, *Los bienes de propios en el derecho indiano del siglo XVI*, en IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, T. II, Madrid, 1990, p. 405-421 y J. FORTEA PÉREZ, *La propiedad de las corporaciones urbanas*, in *Historia de la propiedad en España Siglos XV-XX*, Salamanca, Centro de Estudios Registrales, 1998, p. 61-112.

<sup>13</sup> Margarita Serna Vallejo, *Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico*, en Julio González García (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 19.

do lugar, la distinción entre las diferentes categorías de bienes municipales obedece a la destinación que se le dé a los mismos, mientras que los bienes de uso común pueden ser utilizados por toda la colectividad, y tolerado para los extranjeros, los bienes de propios sirven para el funcionamiento del municipio, para el cubrimiento de sus necesidades.<sup>14</sup>

El contenido de las dos categorías es amplio y depende en gran medida de los casos concretos.<sup>15</sup> Por ello, bienes tan similares como las dehesas y los ejidos tienen regímenes jurídicos tan distintos. Los bienes de uso común son inalienables, en principio,<sup>16</sup> e imprescriptibles, mientras que los de propios se prescriben al cabo de cuarenta años<sup>17</sup> y su venta estaba sometida a ciertas reglas de derecho público que tienen que ver con la protección del patrimonio municipal.

Este modelo fue replicado en América y se aplicó hasta bien entrado el siglo XIX (hasta la promulgación del Código Civil para todo el territorio colombiano en 1887<sup>18</sup>), sin embargo se utilizó como base para la construcción del derecho de los bienes públicos general.

En la actualidad, el patrimonio de las entidades territoriales goza de ciertas garantías establecidas directamente por la Constitución Política, como la consagrada en el artículo 362, por cuya virtud «[l]os bienes y rentas tributarias o no tributarias o provenientes de la explotación de monopolios de las entidades territoriales, son de su propiedad exclusiva y gozan de las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares»;<sup>19</sup> esta dispo-

---

<sup>14</sup> Agustín Bermúdez Aznar, "Los bienes de propios en el Derecho Indiano del siglo XVI", en *Actas del IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1991, p. 835 y Alejandro Nieto, *Bienes comunales*, Ed. Revista de Derecho Privado, 1964, p. 202 y ss.

<sup>15</sup> La dificultad en la determinación de estas categorías no era una cuestión sin importancia. En efecto, "[e]l debate de fondo era prácticamente insoluble, ¿Porque cuál era el criterio para determinar la naturaleza de los bienes de los concejos, el uso, o fin para que estaban destinados, o el dominio, en cambio dejando de lado la jurisdicción? Si se seguía el del uso o finalidad podían reducirse a dos categorías, los de uso común (entre los que podían incluirse los baldíos) y los de propios, pero si se fijaban en el dominio se incrementaban las especies, ya que también habría que incluir a los baldíos y a los vacantes. E incluso las cosas eran más complicadas, porque dentro de los bienes concejiles se atribuía distinta titularidad a los de uso común y a los que servían para renta, que no era pura retórica, como vamos a verificar de inmediato para la enajenación y prescripción. ¿Y qué papel jugaba el origen y adquisición de bienes a la jora de determinar dicha naturaleza? La tesis de la asignación regia, como producto de los primeros poblamientos, se nos antoja hacedera para los de uso y titularidad común, pero parece más discutible para los de propios, adquiridos en su mayoría por la vía de legados y contratos y, desde luego, no resolvía el problema", Salustiano de Dios, *Doctrina jurídica castellana sobre adquisición y enajenación de los bienes de las ciudades (1480-1640)*, in *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, II Encuentro interdisciplinar, Salamanca, Centro de Estudios Registrales, 2002, p.52

<sup>16</sup> Cf. Salustiano de Dios, *Doctrina jurídica...* Op. cit., p. 58; LOURDE SORIA SESÉ, *Bienes comunales en Navarra y las provincias vascas*, in *Historia de la propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente*, II Encuentro interdisciplinar, Salamanca, Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 115 et s.

<sup>17</sup> Partidas, III, XXIX, 7

<sup>18</sup> Fernando Mayorga, Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia, in 100 años del Código Civil de la Nación, V. 1, Bogotá, 1987.

<sup>19</sup> Regla que se encontraba en el artículo 198 de la Ley 4 de 1913, por cuya virtud, "[l]os bienes de los municipios gozan de las mismas garantías que las propiedades de los particulares, y en consecuencia no podrán ser ocupadas estas propiedades sino en los mismos términos y con los mismos requisitos que lo

sición constitucional representa, en buena medida, el enfoque que venimos defendiendo puesto que respecto de la Nación, las entidades territoriales gozan de las mismas garantías que tienen los particulares en la gestión de los bienes de su propiedad, entre los cuales se incluyen, como es evidente, los bienes de uso público y los bienes fiscales.

La anterior premisa, se ve confirmada por normas de rango inferior, puesto que, según el artículo 6 de la Ley 9 de 1989, solo los Concejos Municipales pueden variar la destinación de los bienes de uso público de las entidades territoriales; igualmente, en caso de que la Nación o cualquier otra persona de derecho público del orden nacional requiera el bien para alguna utilidad pública deberá acudir a la figura de la expropiación.

De la misma manera, algunas disposiciones normativas recientes han propugnado por una transferencia de bienes públicos entre patrimonios públicos, principalmente de la Nación hacia las entidades territoriales, pero también se pueden encontrar ejemplos en los que estas pueden transferir bienes a título de participación en proyectos de creación de vivienda de interés social a realizarse en conjunto con entidades públicas del orden nacional, es el caso por ejemplo de lo estipulado en las leyes 9 de 1989, 708 de 2001, 1151 de 2007 y 1450 de 2011; otra hipótesis se encuentra en el artículo 48 de la Ley 1551 de 2012, en la que se permite la inversión por parte del orden nacional en bienes de uso público o destinados a un servicio público de titularidad de las entidades territoriales.

Finalmente, leyes como la 41 de 1948, reconocen la existencia de bienes de uso público municipales, al catalogarlos expresamente como tales en el artículo primero, a cuyo tenor «[l]os terrenos ejidos situados en cualquier municipio del país no están sujetos a la prescripción, por tratarse de bienes municipales de uso público o común»; o aún la misma Ley 4 de 1913, en cuyo artículo 195, se dispuso que «pertenecen a los municipios los bienes que por cualquier título integran hoy su patrimonio, especialmente los bienes vacantes y mostremos que se hallen ahora o después dentro de sus límites; los edificios, puentes y demás obras cuya construcción se haya hecho con los fondos del municipio, y los que les señalen las leyes y ordenanzas».

De esta manera, en cuanto persona jurídica, pero principalmente en atención a que, en el derecho colombiano, los municipios son centros de imputación de intereses generales particulares a sus habitantes, los bienes de uso público territoriales se encuentran dentro de su patrimonio, cuestión que además se ve confirmada por el régimen de responsabilidad fiscal.

En el derecho colombiano, los funcionarios se encuentran sometidos a un régimen complejo de responsabilidades: son civilmente responsables, por los perjuicios que puedan causar con el ejercicio de sus funciones, lo son penalmente en la medida en que co-

---

sean las de los particulares. Dichos bienes no pueden ser gravados con impuestos directos nacionales o departamentales // En beneficio de los municipios pueden ser aplicados los bienes del Estado o del departamento por las leyes u ordenanzas respectivas y por motivos graves de interés público”, reiterando lo dispuesto en el artículo 129 de la misma norma.

metan algún delito con ocasión de ello, son sujetos pasivos de responsabilidad disciplinaria si sus conductas se enmarcan en las faltas tipificadas por el ordenamiento jurídico y, finalmente, pueden ser responsables fiscalmente si con sus conductas, activas u omisivas, generan un detrimento patrimonial de la entidad pública a la cual representan.

Pues bien, para efectos de la responsabilidad fiscal, en la contabilidad de las entidades territoriales se integran los activos fijos inmobiliarios<sup>20</sup> en los que se encuentran, a no dudarlo, los bienes públicos y, en especial, los bienes de uso público.

## 2. El argumento de los modos de adquisición

Resulta pertinente resaltar que el ordenamiento jurídico colombiano adoptó un sistema dual en cuanto a la adquisición del derecho de propiedad; así, para perfeccionar la adquisición de dicho derecho se requiere la conjunción del título (negocio jurídico, unilateral o bilateral) y del modo (tradición, accesión, entre otros). En el caso particular del derecho colombiano, aunque ello ocurra en múltiples ordenamientos jurídicos, la adquisición de los bienes de uso público obedece, en principio, a una determinación legal, de esta manera el título y el modo se encuentran directamente establecidos en la ley, es el caso, por ejemplo de los bienes señalados en el artículo 674 del Código Civil (calles, puentes y caminos)<sup>21</sup>, de los aeropuertos (art. 1811 del Código de Comercio<sup>22</sup>), de «las aguas, del álveo o cauce natural de las corrientes, del lecho de los depósitos naturales de agua, de las playas marítimas, fluviales y lacustres, de una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho, de las áreas ocupadas por los nevados y por los cauces de los glaciares, de los estratos o depósitos de las aguas subterráneas» (arts. 80 y 83 del Código de Recursos Naturales Renovables), sin que ello implique que sea necesario la verificación de un acto jurídico distinto para que dicha propiedad pueda perfeccionarse. Situación esta que no se predica generalmente de los bienes fiscales, pero ello, como se ha indicado, no contraría los argumentos que se presentan en este artículo, en la medida en que partimos de la unicidad del patrimonio público. Lo anterior no obsta, sin embargo, para que la administración —territorial o nacional, según el caso— pueda, por otros medios, convertirse en propietaria de determinados bienes afectos al uso público.

Así, el principal argumento a partir del cual se puede reconocer la propiedad local de los bienes de uso público —y por contera, desvirtuar la idea según la cual sería la soberanía la que une dichos bienes a las personas de derecho público— es la posibilidad que el ordenamiento jurídico le otorga a las entidades territoriales para adquirir, por diversos medios, bienes que serán afectos al uso público. En efecto, de manera general se puede

---

<sup>20</sup> Según el numeral 9.1.1.6 del Plan General de Contabilidad Pública, los bienes de uso público se consideran activos fijos de las entidades contables públicas, concepto que incluye a las entidades territoriales (Resolución No. 355 de 2007, complementada por la Resolución No. 237 de 2010).

<sup>21</sup> Comparten la misma lógica los artículos 675 —«[s]on bienes de la Unión todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales carecen de otro dueño»— y 677 —«[l]os ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios»— del Código Civil.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, 8 de mayo de 2008, Exp. 15448.

aceptar que las personas de derecho público territoriales se encuentran habilitadas para adquirir, por cualquier medio contemplado en el Código Civil (contrato de compraventa, donación, permuta), algún bien que posteriormente será declarado de uso público.

En segundo lugar, en materia de expropiación (Ley 9 de 1989 y Capítulo VII de la Ley 388 de 1997), se permiten dos situaciones: la enajenación voluntaria, como mecanismo previo al inicio del proceso de expropiación judicial o administrativa en cuyo caso la aceptación de la oferta deberá elevarse a escritura pública (artículo 14 de la Ley 9 de 1989), la cual, a su vez, deberá ser registrada en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente, transfiriéndose así la propiedad a favor de la entidad territorial que haya iniciado el trámite administrativo de enajenación voluntaria; la segunda hipótesis es la de la expropiación, pues en este evento, en sus efectos similar al anterior, el bien expropiado (por decisión judicial o, excepcionalmente, por vía administrativa) deberá ser registrado a nombre de la entidad expropiante, entrando así en su patrimonio.<sup>23</sup> Estos ejemplos, obvios por decir lo menos, han sido olvidados por la *doctrina jurisprudencial*, en la cual se ha negado la existencia de la propiedad pública.

Pero además, se puede encontrar en el ordenamiento jurídico la carga legal que tienen aquellos particulares que soliciten una licencia urbanística para el desarrollo de un proyecto inmobiliario de *ceder* gratuitamente una porción del bien inmueble de su propiedad o de alguno que adquieran para tal efecto, con el fin de transferirlo a la entidad territorial para la creación de equipamiento urbano;<sup>24</sup> en este evento, como en los otros, la entidad territorial, a los ojos del catastro, se convierte en legítima propietaria del bien, pues se encuentra registrada como tal, a pesar de que el referido bien (ahora convertido en calle, andén, parque, etc.) se encuentre destinado al uso común; en este sentido, el Consejo de Estado ha afirmado

Las cesiones obligatorias gratuitas son una contraprestación a la que se obligan los propietarios de terrenos al solicitar el correspondiente permiso para urbanizar o edificar, y al aceptar las condiciones que exigen las autoridades competentes, dados

<sup>23</sup> Se debe resaltar que en el derecho colombiano opera la facultad de retrocesión si, al cabo de tres años de la expropiación por vía administrativa del bien por parte de la Administración, este no se ha utilizado para la utilidad pública que le sirvió de fundamento (art. 70.5 de la Ley 388 de 1997); igualmente, la jurisprudencia ha reconocido la procedencia del fenómeno de los bienes de uso público por anticipación, puesto que “no tiene que ver como lo entendieron las entidades demandadas, que efectivamente en ese inmueble se hubiesen construido las obras públicas — parques, calles etcétera— sino que dicho inmueble esté afecto para el uso público. De admitir que no es la virtualidad de la afectación sino que es la realidad del parque o la calle los que otorgarían la calidad de bien de uso público al inmueble, como en este caso, sería dejar en manos de la Autoridad o de los particulares la catalogación del carácter de uso público de un bien, en contravía de las normas que les dan esa calidad” (negrillas fuera del texto, Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 noviembre 2001, Exp. 12859).

<sup>24</sup> Según el artículo 117 de la Ley 388 de 1997, que adicionó un párrafo al artículo 50 de la Ley 9 de 1989: “El espacio público resultante de los procesos de urbanización y construcción se incorporará con el solo procedimiento de registro de la escritura de constitución de la urbanización en la Oficina de Instrumentos Públicos, en la cual se determinen las áreas públicas objeto de cesión y las áreas privadas, por su localización y linderos. La escritura correspondiente deberá otorgarse y registrarse antes de la iniciación de las ventas del proyecto respectivo”.

los beneficios que pueden obtener con tal actividad, las que se imponen en desarrollo de la función social urbanística de la propiedad, consagrada en el artículo 58 de la Carta [...], a lo cual agregó que se trata de “bienes que se incorporan al patrimonio municipal, con ocasión de la actividad urbanística y que indudablemente contribuyen a la integración del espacio público”.<sup>25</sup>

Ahora bien, se podría argumentar que el registro en sí mismo no implica la existencia de la propiedad pública, sino que de alguna manera sería la expresión de una especie de derecho real institucional, cuyos elementos serían los de la simple administración y gestión de estos bienes; pero esa teoría encuentra serios escollos ante la claridad de los textos normativos, que no solo reconocen la propiedad pública de las entidades territoriales respecto de algunos bienes de uso público, sino que le reconocen todos los atributos que la identifican.

Así las cosas, desde diversos puntos de vista, no solo teóricos, los bienes públicos, entre los cuales se encuentran los bienes de uso público, conforman el patrimonio de las entidades territoriales, son de su propiedad, así no se encuentren registrados a su nombre, puesto que tal y como lo hemos señalado, en el caso de los bienes destinados al uso de la comunidad no existe obligatoriedad de realizar tal operación.

## **II. El régimen jurídico de los bienes públicos locales**

Si existe la propiedad pública, en el sentido y con el concepto que hemos dado de ella, se deben establecer las reglas atinentes a su gestión. Esta gestión adquiere, a nuestro modo de ver, una dimensión dual: en cuanto tiene que ver con la afectación al interés general (A) y las consecuencias que de ello ha derivado el legislador, así mismo se han creado unos instrumentos particulares de gestión, sean unilaterales o bilaterales (B).

### **A. Propiedad pública local y afectación**

En otras ocasiones nos hemos encargado de señalar la íntima relación que existe entre propiedad y afectación al interés general, pero también las profundas y fundamentales diferencias que se pueden encontrar entre una y otra categoría jurídica. Así, mientras que la propiedad obedece a la lógica de un derecho —que comporta obligaciones es cierto— la afectación al interés general corresponde a la intervención administrativa en la propiedad, sea esta pública o privada. Cada una de esas categorías opera en un nivel distinto: mientras que la propiedad se restringe a un aspecto orgánico, la afectación al interés general le da un carácter funcional a la propiedad, en la medida en que se limita en algunos y amplifica en otros, los derechos del propietario. Este aspecto tiene especial relevancia para entender el régimen jurídico de los bienes públicos locales, puesto que el ordenamiento jurídico

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 27 de enero de 2011, Exp. AP-2582. Cf, también, Corte Constitucional, T-575/2011, en la cual se afirmó: “[l]as cesiones gratuitas obligatorias son aquellas que deben hacer los propietarios de los predios con fines urbanísticos a favor del distrito; dichas zonas se destinan al uso público como vías, parques, zonas verdes, entre otros, sin que para ello medie pago de indemnización por ser un acto de enajenación voluntaria que el Estado puede exigir en ejercicio de sus facultades para dictar normas de planificación urbanística”.



nacional ha establecido un conjunto de disposiciones específicamente aplicables a este tipo de bienes.

## 1. Las afectaciones al interés general de carácter local

En el ámbito local, como se reseñó más arriba, existen afectaciones específicas y particulares, la más importante de ellas desde el punto de vista del derecho territorial, pero no la única, es la afectación al espacio público. En efecto, la ley 9 de 1989 define el espacio público como «el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, individuales de los habitantes»; igualmente, su Decreto Reglamentario 1504 de 1998, estableció los elementos que lo componen, así: «Los bienes de uso público, es decir aquellos inmuebles de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del territorio nacional, destinados al uso o disfrute colectivo // Los elementos arquitectónicos, espaciales y naturales de los inmuebles de propiedad privada que por su naturaleza, uso o afectación satisfacen necesidades de uso público // Las áreas requeridas para la conformación del sistema de espacio público en los términos establecidos en este Decreto».

De las normas transcritas, a diferencia de lo que ha podido considerar alguna parte de la jurisprudencia, resulta con toda claridad que el espacio público constituye una afectación al interés general, que se puede predicar de todos los bienes públicos y privados, o mejor de los elementos arquitectónicos de ellos que trascienden el interés del propietario.

De esta manera, todos los bienes públicos y privados son susceptibles, en la medida en que cumplan las condiciones determinadas por el artículo 5 de la ley 9 de 1989, de hacer parte del espacio público, en cualquier caso todos los bienes de uso público locales integran tal concepto. Esta afectación al interés general, como todas las otras de su categoría, se convierten desde el punto de vista de la Administración en títulos válidos de intervención en la propiedad, principalmente a partir de la facultad que el ordenamiento jurídico le otorga a las entidades territoriales, de emitir normas de carácter general o particular, en particular instrumentos de planificación, mediante los cuales se puede gestionar ese particular interés general.

Por otro lado, ligado al tema de la expropiación, la ley 9 de 1989 estableció un sistema de afectación a obras públicas locales, en las cuales se permite inscribir en el Registro de Instrumentos Públicos el acto administrativo mediante el cual la Administración decida afectar un bien a la construcción de una obra pública, ello no tiene, *per se*, la virtud de excluir el bien afecto del comercio jurídico, pero le permite a los ciudadanos, incluido el propietario, de conocer el interés que la administración tiene en adquirir, en los términos señalados en la norma, el referido bien inmueble.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> El artículo 37 de la Ley 9 de 1989 dispone: “Toda afectación por causa de una obra pública tendrá una duración de tres (3) años renovables, hasta una máximo de seis (6) y deberá notificarse personalmente al propietario e inscribirse en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, so pena de inexistencia. La

## 2. Afectación y desafectación en el ámbito local

La cuestión de la afectación/desafectación permite, en el ámbito local, probar la propiedad de los bienes de uso público, pero además se constituye en un elemento de necesario análisis para comprender en su integridad el régimen jurídico de los bienes públicos locales. Se tiene por cierto que la afectación al interés general presenta una doble dimensión: teleológica y técnica.<sup>27</sup> En cuanto a su dimensión teleológica, la afectación constituye el fundamento de todo el régimen, así, para el caso de los bienes de uso público, es justamente la destinación del bien al uso de la comunidad el que justifica que se le apliquen las reglas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad; en punto a la dimensión técnica de la afectación, se trata de un procedimiento típico de derecho administrativo, por virtud del cual la entidad afectataria decide destinar un bien público —o privado, aunque las reglas son diferentes en ese caso— al cumplimiento de una finalidad de interés general.

La relación afectación/desafectación rompe el llamado principio de la identidad o paralelismo de formas, puesto que mientras que la afectación se encuentra, por regla general, desprovista de formalidades, pudiendo afectarse un bien con la sola declaración de la entidad o con la inauguración del mismo, así, para la jurisprudencia nacional

[l]a afectación consiste en una manifestación de voluntad expresa del poder público, por medio del cual se incorpora un bien al uso o goce de la comunidad, ya sea directo o indirecto. Como se desprende de la anterior definición, para que el fenómeno de la afectación sea posible requiere de dos momentos claramente identificables: a) un aspecto material, esto es, la existencia de un bien apto para el uso público y b) el aspecto intencional o subjetivo, que consiste en la declaración de voluntad o en el accionar del órgano estatal que demuestra de manera directa e inequívoca el deseo de consagrar un bien al uso público.<sup>28</sup>

---

afectación quedará sin efecto, de pleno derecho, si el inmueble no fuere adquirido por la entidad pública que haya impuesto la afectación o en cuyo favor fue impuesta, durante su vigencia // En el caso de las vías públicas, las afectaciones podrán tener una duración máxima de nueve (9) años // La entidad que imponga la afectación o en cuyo favor fue impuesta celebrará un contrato con el propietario afectado en el cual se pactará el valor y la forma de pago de la compensación debida al mismo por los perjuicios sufridos durante el tiempo de la afectación. La estimación de los perjuicios será efectuada por el Instituto Geográfico “Agustín Codazzi” o la entidad que cumpla sus funciones, en los términos previstos en la presente Ley. Para los efectos de la presente Ley, entiéndese por afectación toda restricción impuesta por una entidad pública que limite o impida la obtención de licencias de urbanización, de parcelación, de construcción, o de funcionamiento, por causa de una obra pública, o por protección ambiental”. Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de febrero de 2014, Exp. 26926.

<sup>27</sup> Cf. JULIÁN PIMIENTO, *Derecho Administrativo de bienes...* op. cit., p. 237.

<sup>28</sup> Corte Constitucional, T-150/95. Con una redacción diferente, pero en el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. AP-155 de 2001, establece: “a) La existencia de una manifestación de voluntad o de actitudes de la administración que permita asegurar que el uso de un bien se encuentra a disposición del público. Dentro de la primera opción (manifestación de voluntad) se encuentra la facultad de que dispone el ente estatal de obtener un bien (Capítulo III de la Ley 9a. de 1989, el artículo 17 del Decreto 855 de 1994, adquisición de inmuebles por negociación directa) y destinarla al uso público, o la posibilidad de expropiar un bien cuyo uso sea menester ofrecerlo al público (el artículo 58 constitucional faculta al Estado para expropiar bienes por motivos de utilidad pública o de interés social que el legislador

La desafectación, por su parte, obedece a la lógica contraria. En efecto, tal y como lo hemos visto, el ordenamiento jurídico colombiano, regula de manera expresa lo relativo a la *desafectación* de bienes de uso público locales y, en nuestro criterio, impone limitaciones importantes a dicha posibilidad, de esta manera, mediante el artículo 6 de la Ley 9 de 1989 se dispuso, en efecto «[e]l destino de los bienes de uso público incluidos en el espacio público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los concejos, juntas metropolitanas o por el consejo intendencial, por iniciativa del alcalde o intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes». En similar dirección, el artículo 204 de la Ley 4 de 1913 dispuso que «[t]odo solar perteneciente al común, que exista dentro del área de la población y que no sea necesario para algún uso público, se podrá vender con las formalidades aquí prevenidas», evidentemente le correspondía tal determinación al municipio y proceder a la enajenación siguiendo las reglas establecidas en esa Ley.

Por manera que, en el evento contemplado en la Ley 9 de 1989 se requiere el cumplimiento de las siguientes condiciones: *i*) la autoridad competente para desafectar es la administrativa colegiada del municipio, es decir el Concejo municipal o distrital *ii*) el bien en cuestión debe haber dejado de ser necesario para el uso público; *iii*) debe contarse previamente con un bien de *similares* condiciones en reemplazo del bien de uso público que se quiere desafectar.<sup>29</sup> Nótese que tales requerimientos constituyen de alguna manera una limitación importante a la posibilidad de desafectar los bienes de uso público locales, puesto que ciertamente habrá dificultades en la posibilidad de cumplir la tercera condición reseñada, máxime si se tiene en cuenta que el bien en cuestión debe no cumplir, al momento de la desafectación, un interés general concreto.

## B. Los modelos de gestión

La determinación de los modelos de gestión se puede analizar desde un doble punto de vista, por un lado, el atinente al régimen jurídico que el ordenamiento le ha asignado a los bienes públicos (1) y por el otro, los instrumentos de gestión con que cuentan las entidades territoriales, tanto contractuales como unilaterales (2).

### 1. Inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad en el ámbito local

Dentro del régimen tradicional de los bienes públicos, al menos como ocurre en algunos países que comparten la misma tradición jurídica, los bienes públicos se encuentran

---

defina). Dentro de la segunda opción, o sea, las actitudes de la administración, se cita a guisa de ejemplo la inauguración de una obra que se abre al público o presentar abierta una calle para su uso. b) Existencia de un título de dominio. Esta formalidad se presenta en forma diversa de acuerdo con el tipo de afectación que se realiza, entonces, si se adquiere un bien, en este caso, se requiere un título traslativo de dominio que lo respalde, si se expropia es necesaria la Sentencia judicial o el acto administrativo que lo decreta. Pero también existen bienes que se afectan por ministerio de la ley, por cuanto el título puede consistir en una ley que faculta al Estado para detentar el derecho real de manera directa. (ejemplo: el Código Civil dispone que las calles son de uso público). c) La afectación debe ser real y efectiva, esto es, que la cosa sea apta para el destino público y que tenga el carácter de ser idónea para el uso público. En palabras de la Ley 9a. de 1989, artículo 5, se requiere que el bien presente un interés público manifiesto y conveniente”.

<sup>29</sup> Al respecto ver la precitada sentencia de la Corte Constitucional, T-150 de 1995.

sometidos a dos regímenes jurídicos distintos: el dominio público y el dominio privado, que se superponen a la propiedad pública.<sup>30</sup> Mientras que esta última se caracteriza por su inembargabilidad (inmunidad ejecutiva de las personas de derecho público<sup>31</sup>), el dominio público le imprime a los bienes sometidos a ese régimen la inalienabilidad y la imprescriptibilidad y el dominio privado, por su parte, se acerca mucho al régimen jurídico que se reserva a la propiedad privada. En el caso colombiano el modelo es distinto, ciertamente por razones históricas.

En los términos del numeral 4 del artículo 375 del Código General del Proceso,<sup>32</sup> toda propiedad pública es imprescriptible, no de otra manera puede entenderse que tal disposición normativa haya señalado que le resulta imposible al juez declarar la pertenencia de bienes públicos —de uso público y fiscales—<sup>33</sup>; regla de derecho que se predica, entonces, de todos los bienes que integren algún patrimonio público, cuya finalidad es la de evitar que los particulares puedan usurpar estos bienes mediante su ocupación.

La inalienabilidad, por su parte, se predica, aunque no de manera exclusiva, de los bienes de uso público, en los términos del artículo 63 de la Constitución Política, a cuyo tenor «[l]os bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables»; de esta manera, los bienes de uso público locales son inalienables, mientras que, en principio, los bienes fiscales sí pueden enajenarse.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Ver, por todos, PHILIP YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, París, 1997

<sup>31</sup> Consagrada formalmente en el fallo BRGM de la Corte de Casación francesa, del 21 de diciembre de 1987, luego de un largo debate sobre sus límites, el principio admitido por la doctrina ha terminado por ser reconocido como una de los elementos del régimen de la propiedad pública (PHILIP YOLKA, *La propriété... op. cit.*); así en el derecho francés, “la naturaleza jurídica de la persona constituye entonces el único fundamento de la inembargabilidad”, de este modo, “se trata entonces en sentido estricto, de una inmunidad de ejecución y no de una inembargabilidad”, CAROLINE CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés. Contribution à la définition de la notion des biens publics*, Dalloz, París, 2004, p. 487 y 488 respectivamente. El principio fue codificado en el artículo L. 2311-1 del CGPPP, en una lacónica fórmula, “los bienes de las personas públicas son inembargables”. En el derecho español, FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, explica que este principio de la inmunidad ejecutiva se ha relativizado puesto que el Tribunal Constitucional terminó “estableciendo la doctrina que considera inconstitucional una inembargabilidad absoluta de los bienes patrimoniales aun cuando no estén prestando una utilidad pública”, *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas, Navarra, 2012, p. 84.

<sup>32</sup> Por cuya virtud, “La declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de derecho público // El juez rechazará de plano la demanda o declarará la terminación anticipada del proceso, cuando advierta que la pretensión de declaración de pertenencia recae sobre bienes de uso público, bienes fiscales, bienes fiscales adjudicables o baldíos, cualquier otro tipo de bien imprescriptible o de propiedad de alguna entidad de derecho público. Las providencias a que se refiere este inciso deberán estar debidamente motivadas y contra ellas procede el recurso de apelación”.

<sup>33</sup> Cf. Artículo 2519 del Código Civil, por su parte, la Ley 1537 de 2012 señaló para los bienes fiscales lo que el artículo 2519 del Código Civil había hecho para los bienes de uso público, al disponer que “[l]os Bienes Fiscales de propiedad de las Entidades Públicas, no podrán ser adquiridos por vía de prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria, ni prosperará por vía de acción o de excepción ante ningún juez de la República”.

<sup>34</sup> Decimos en principio porque la Constitución o la ley pueden contemplar la inalienabilidad de ciertos bienes, como ocurre con el subsuelo, bien fiscal, que según el artículo 332 de la Constitución Política

En cuanto a la inembargabilidad, el artículo 594 del Código General del Proceso estableció unas reglas que solo pueden calificarse de complejas.<sup>35</sup> Así, según la mencionada disposición normativa, siguiendo el texto constitucional, los bienes de uso público son inembargables —lo cual es una consecuencia normal de la inalienabilidad que los rige—; sin embargo, en cuanto a los llamados bienes fiscales, se diferencia entre aquellos que se encuentran destinados a un servicio público y los que no tienen esa particularidad. De esta manera, según el artículo en mención, son inembargables los bienes destinados a un servicio público prestado por una entidad descentralizada de cualquier orden o por sus concesionarios, en cuyo caso podrá embargarse hasta una tercera parte del respectivo servicio, sin que la suma de los embargos exceda dicha proporción.

La inembargabilidad de los bienes públicos destinados a un servicio público resulta, en todo caso, en una operación difícil de realizar, puesto que no existe claridad en cuanto al concepto de servicio público utilizado por el legislador, no parece que se refiere a los servicios públicos domiciliarios, sometidos a un régimen de libre competencia en los términos de la Ley 142 de 1994, pero tampoco existe claridad en cuanto al contenido de los llamados servicios públicos sociales. No existe claridad, entonces, en cuanto al alcance y contenido de aquellas categorías de bienes que sí se pueden embargar.<sup>36</sup>

En nuestro criterio, tal regulación en el derecho colombiano no es eficiente para la gestión de los bienes públicos locales. En primer lugar, no consideramos que exista una razón válida que pueda justificar la imprescriptibilidad general de los bienes públicos locales, puesto que teniendo en cuenta el contenido y las categorías de bienes que pueden integrar el patrimonio municipal (oficinas públicas, vehículos, parques, plazas, puentes, caminos, etc.), no se puede tener como cierta la idea de que sean bienes que puedan fácilmente ser usurpados por los particulares por la inercia de las personas de derecho público; en segundo lugar, la inembargabilidad tal y como se encuentra concebida resulta aleatoria en la medida en que dependerá del concepto que adopte el juez de lo que debe entenderse como la prestación de un servicio público por parte de una entidad territorial, pero, en cualquier caso, la misma posibilidad de que sea necesario iniciar un proceso ejecutivo para buscar el cumplimiento de una obligación clara, expresa y actualmente exigible de una entidad de derecho público, resulta contraria al fundamento mismo del Estado de Derecho en el que, a diferencia de lo que puede ocurrir con los particulares, las entidades públicas no pueden negarse a cumplir sus obligaciones, se debería entonces adoptar una

---

es un bien de propiedad de la Nación pero inalienable, o el espectro electromagnético, igualmente bien fiscal pero destinado a un servicio público, que tiene la misma limitación en los términos del artículo 75 *ejusdem*.

<sup>35</sup> En su numeral tercero “Los bienes de uso público y los destinados a un servicio público cuando este se preste directamente por una entidad descentralizada de cualquier orden, o por medio de concesionario de estas; pero es embargable hasta la tercera parte de los ingresos brutos del respectivo servicio, sin que el total de embargos que se decreten exceda de dicho porcentaje”.

<sup>36</sup> Ello no obsta para que se pudiese considerar, a la sazón de lo que ocurre en el derecho español, “que la afectación material del bien o derecho patrimonial que justifica la inembargabilidad se refiere a la utilización administrativa pública, notoria y continuada pendiente de consolidación como afectación presunta”, Fernando López Ramón, *Sistema... op. cit.*, p. 85.

fórmula en la que exista una inmunidad ejecutiva pero, a la vez, se fortalezcan los mecanismos administrativos para obtener el pago de las deudas de la Administración.

## 2. Los instrumentos de gestión

Aun cuando los instrumentos de gestión, contractuales o bilaterales, sean, en esencia idénticos, en los ámbitos nacional y local, existen ciertas especificidades para la gestión de los bienes públicos locales.

En cuanto a los llamados bienes fiscales, el ordenamiento jurídico ha reservado un amplio espectro de instrumentos para su gestión, muy similares en su contenido a los que pueden realizar los particulares, frente a lo cual cabe realizar dos precisiones que se derivan de su carácter de bienes públicos. Por una parte, el modelo colombiano en materia de contratos de la administración, al acoger un criterio orgánico, implica que toda entidad estatal para la gestión de sus bienes deberá aplicar, según el caso, la integridad de la regulación contenida en la Ley 80 de 1993 —Estatuto de Contratación Estatal— o bien los principios allí reconocidos;<sup>37</sup> por la otra, su gestión, por la vía de su inclusión en el concepto de patrimonio público, se encuentra sometida a las reglas atinentes a la responsabilidad de los funcionarios.

En lo atinente a los bienes de uso público, resulta interesante resaltar que la gestión, en materia de ocupación privativa, «el título habilitante es un acto previo a la realización de la utilización privativa; el título habilitante es un acto esencialmente cedible; el título habilitante es un acto temporal y esencialmente revocable antes de su término; el título habilitante es constitutivo de derechos reales; el título habilitante es esencialmente oneroso; el título habilitante crea una situación económicamente favorable para su titular».<sup>38</sup>

Pues bien, desde el punto de vista de los actos unilaterales de gestión de los bienes de uso público, se evidencia una dificultad evidente en su regulación, por cuanto la legislación parece haber establecido un único mecanismo de gestión, la licencia de intervención y ocupación de los bienes de uso público, pero ella se encuentra limitada, en los términos

---

<sup>37</sup> En este sentido, la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado:

«En este orden de ideas, tal y como reiteradamente lo ha puesto de presente la jurisprudencia de la Sala, al margen del régimen jurídico específicamente aplicable a un determinado vínculo obligacional —derecho público exclusivamente o derecho privado de manera preponderante—, lo cierto es que los contratos en cuya celebración tome parte una entidad estatal —de aquellas señaladas en la definición normativa anteriormente transcrita—, corresponden a la categoría o clasificación de los contratos estatales...

«...aunque la naturaleza jurídica de los contratos en cuya conclusión participan o toman parte las entidades reseñadas en el aludido numeral primero del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, sea la de los contratos estatales, no es menos cierto que el mismo legislador se encuentra constitucionalmente facultado para determinar cuál ha de ser el régimen jurídico aplicable a todos o a algunos de tales contratos estatales —ora el del derecho público, ora el del derecho privado, ora algún régimen especial— según los criterios que el propio legislador decida privilegiar en cada caso, como por ejemplo el tipo de contrato o la clase de entidad u organismo estatal que concurra a su celebración». (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 2 de mayo de 2013, Exp. 24603).

<sup>38</sup> Julián Pimiento, *Derecho administrativo de bienes ... op. cit.*, p. 392.

del Decreto 1469 de 2010, a la ocupación de playas, espacio aéreo o subsuelo y redes de servicios públicos, pero no para ocupaciones privativas de carácter económico; así mismo, la ocupación privativa permitida por la licencia de ocupación e intervención de bienes de uso público no tiene límite en el tiempo, lo que viola el principio de temporalidad de la ocupación; finalmente, se trata de un acto irrevocable, puesto que en su revocatoria se deberán aplicar las reglas generales de la revocatoria de los actos administrativos favorables, contenidas en el artículo 97 del Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), por cuya virtud se estableció el principio de inmutabilidad de dichos actos, vulnerándose de esta manera el principio de precariedad que debe regir toda ocupación privativa de bienes de uso público.

En cuanto a los contratos mediante los cuales se puede permitir la ocupación privativa, existe una dificultad en cuanto a la tipología. Por regla general, se excluye el contrato de arrendamiento de bienes de uso público<sup>39</sup>, reservándose para ello el contrato de concesión, lo que dificulta por la regulación propia de este último, una gestión eficiente de estos bienes. Sin embargo, la normativa especial de algunos municipios, la de los distritos especiales, y la general del espacio público, han creado algunos instrumentos particulares.

Así, mediante el artículo 19 del Decreto 1504 de 1998 se dispuso: «[e]n el caso de áreas públicas de uso activo o pasivo, en especial parques, plazas y plazoletas, los municipios y distritos podrán autorizar su uso por parte de entidades privadas para usos compatibles con la condición del espacio mediante contratos. En ningún caso estos contratos generarán derechos reales para las entidades privadas y deberán dar estricto cumplimiento a la prevalencia del interés general sobre el particular». En el caso de Bogotá, por ejemplo, tal medida se desarrolló en el artículo 268 del Plan de Ordenamiento Territorial, por cuya virtud «[l]as entidades del Distrito Capital a cuyo cargo estén las zonas recreativas de uso público y las zonas viales, podrán contratar o convenir con particulares la administración, el mantenimiento y el aprovechamiento económico de las zonas viales y recreativas de uso público, incluidas las zonas de estacionamientos y el equipamiento colectivo que hacen parte integrante de las cesiones obligatorias gratuitas al Distrito capital, ajustándose a los mecanismos legales que se fijan para el caso», disposición normativa que fue desarrollada por el Decreto municipal 463 de 2003.

Por otro lado, para el caso de los distritos especiales, como Barranquilla, Cartagena y Santa Marta, se ha permitido acudir a diversas modalidades contractuales de aprovechamiento económico de los bienes de uso público, cuyo fundamento actual se encuentra en los artículos 78 y 85 de la Ley 1617 de 2013<sup>40</sup>, en la que se establece expresamente que el manejo

<sup>39</sup> Al respecto existen posturas contradictorias entre las distintas Secciones que componen el Consejo de Estado, mientras que la Sección Primera ha sido más proclive a permitir su utilización, por ejemplo en la sentencia del 3 de octubre de 2002, Exp. 00132-01, mientras que la Sección Tercera ha considerado de manera tan constante como equivocada que los contratos de arrendamiento de bienes de uso público son nulos de pleno derecho por objeto ilícito, por ejemplo en la sentencia de la Sección Tercera, del 18 de marzo de 2010, Exp. 14390.

<sup>40</sup> A cuyo tenor: “Recursos Turísticos. Son recursos turísticos las extensiones de terreno consolidado, las playas, los bienes muebles o inmuebles de dominio público o privado, así como los eventos,

de los bienes de uso público «susceptibles de explotación turística, ecoturística, industrial, histórica, recreativa y cultural, corresponde a las autoridades del orden distrital».

Un aspecto final, al que vale la pena hacer referencia, es el relativo a la retribución por ocupación privativa. Hasta el año 2012, por diversas razones, se había considerado imposible cobrar por la ocupación privativa derivada de un título habilitante de carácter unilateral, oponiendo a tal cobro el principio de legalidad tributaria en la medida en que el legislador no había creado, como sí ocurre en otros países, la posibilidad de tal cobro, ya fuere a título de tasa o de contribución<sup>41</sup>. Sin embargo, en reciente jurisprudencia el Consejo de Estado al estudiar las pretensiones de nulidad de un acto administrativo mediante el cual una autoridad local había dispuesto quien por cualquier razón afectare la integridad de una vía en un porcentaje igual o inferior al 20 por ciento de su superficie debía, a más de restituirla integralmente, pagar un *derecho* económico tasado en función de la superficie de la vía afectada, el producto del mencionado derecho iría a un fondo especial de pavimentación, así, en criterio del Consejo de Estado «[l]as normas de ordenamiento y planeación territorial son la fuente normativa que justifica el cobro de derechos del espa-

---

acontecimientos o espectáculos que dadas las condiciones y características especiales que presentan, geográficas, urbanísticas, socioculturales, arquitectónicas, paisajísticas, ecológicas, históricas, resultan apropiadas por naturaleza para el esparcimiento y la recreación individual o colectiva; en razón de lo cual, actual o potencialmente representan grandes atractivos para el fomento y explotación del turismo lo que da a estos un valor económico y social de evidente utilidad pública e interés general, que hacen necesario sujetar el uso y manejo de los mismos a regímenes especiales a fin de preservar su destinación al fomento y/o creación de riqueza colectiva, bajo criterios de sostenibilidad que permitan preservar las condiciones ambientales y la capacidad productiva y reproductiva del recurso en particular.

<sup>En</sup> tal virtud, el uso y aprovechamiento de los bienes y demás elementos que integran los recursos turísticos de cada distrito, estará sometido a regulaciones, controles, restricciones y planes de carácter especial, *de modo que pueda estimularse su desarrollo y fomentar su explotación en correspondencia con la naturaleza propia de estos en particular, preservando su destinación al uso público y/o el aprovechamiento colectivo, así como sus condiciones ambientales y/o su capacidad productiva y reproductiva* (negrillas por fuera del texto)

<sup>41</sup> Hasta ese momento la postura consolidada del Consejo de Estado se podía resumir a que “[e]l cobro de derechos por ocupación y utilización del espacio público a las empresas de servicios públicos domiciliarios, solamente podría operar por ministerio de la ley, es decir, que solo el legislador, ordinario o extraordinario, puede autorizar el cobro de este tipo de tarifas”, puesto que “jurisprudencial y doctrinariamente se ha determinado que toda tarifa que se cobre a un contribuyente debe corresponder a un gravamen o tributo, entendido en su sentido general (impuesto, contribución y tasa)”, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 20 de marzo de 2003, Exp. 1484. Problema que no era propio de los Distritos cuyo régimen especial les permitía realizar el cobro directamente, es el caso de Bogotá, puesto que el Decreto-ley 1421 de 1993 autoriza a las autoridades locales de la capital para “determinar los sistemas y métodos con base en los cuales las juntas administradoras locales podrán establecer el cobro de derechos por concepto de uso del espacio público para realización de actos culturales, deportivos, recreacionales o de mercados temporales” (art. 12.6); más allá del debate sobre la legalidad del referido acto, particularmente en lo que se refiere a la competencia de determinar la tarifa de la remuneración, se trata claramente de una habilitación legal para establecerla. Seguro de la legalidad del Decreto-ley 1421, el Consejo de Estado negó las pretensiones de nulidad respecto de las disposiciones demandadas pero señaló: “la Sala considera que el cobro de derechos por la utilización temporal del espacio público que puedan hacer las Juntas Administradoras Locales, de acuerdo con el Decreto Ley 1421 de 1993 y el Acuerdo 09 de 1997, no constituye un tributo” (Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 23 de marzo de 2000, Exp. 5504).



cio público, pero corresponde a las Corporaciones de elección popular fijar los elementos del tributo», concluyendo que “es válido el pago de derechos pecuniarios por el uso del espacio público”.<sup>42</sup>

De esta manera, parece haberse admitido, al menos jurisprudencialmente, que el principio de onerosidad de la ocupación privativa de los bienes de uso público, encuentra pleno vigor, no en las normas tributarias, sino en las que atribuyen a las entidades territoriales la plena gestión de los bienes públicos de su propiedad, evidentemente con los límites que puedan provenir de la ley.

A manera de conclusión, en nuestro criterio, a partir del derecho local se pueden identificar las falencias propias de la regulación de los bienes públicos en Colombia; la ausencia de un sistema coherente del patrimonio público, las dificultades inherentes a su gestión, permiten evidenciar la vulneración de los principios de eficacia y eficiencia de la actividad administrativa, particularmente de las entidades territoriales. Se requiere un inventario de los bienes públicos de las entidades territoriales, pero, principalmente, se hace necesario realizar un proceso político para la creación de una verdadera ley de bienes públicos, para dotar a las entidades públicas de verdaderos instrumentos jurídicos que permitan cumplir el imperativo constitucional de una gestión social y económica de los patrimonios públicos.

---

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 11 de octubre de 2012, Exp. 17749.

# AUTONOMÍA MUNICIPAL Y ACCESO AL MERCADO

Por *JOSÉ LUIS SARDÓN\**

## SUMARIO

1. Situación actual.
2. Acceso al mercado.
3. Autonomía municipal.
4. Perspectivas.

El propósito de este artículo es hacer una revisión de las normas legales referidas al acceso al mercado y las referidas a la autonomía municipal, revisando la situación actual del conflicto entre ellas y sus antecedentes, e intentando identificar los pros y contras de uno y otro con vistas a las perspectivas de desarrollo peruano. Quizá esta revisión pueda sugerir alguna reforma institucional o, al menos, una mejor integración entre ambas.

## 1. Situación actual

El conflicto entre las normas de acceso al mercado y la autonomía municipal fue objeto de la Sentencia 014-2009-PI/TC del Tribunal Constitucional.<sup>1</sup> Esta se dio a raíz de la demanda de inconstitucionalidad planteada por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el artículo 3 de la Ley 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada,<sup>2</sup> modificatoria del artículo 48 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.<sup>3</sup>

Dicha norma faculta al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (Indecopi) a resolver que las ordenanzas municipales —así como las regionales y, en general, las normas administrativas infralegales— pueden establecer barreras burocráticas, si contradicen las normas de acceso al mercado o si carecen de razonabilidad. En ese caso, el Indecopi puede:

- Si se trata de una denuncia de parte, ordenar se inaplique tal ordenanza municipal para el caso concreto; y,
- Si se trata de una acción de oficio, correr traslado a la Defensoría del Pueblo, para que interponga una acción de inconstitucionalidad en contra de dicha ordenanza, ante el Tribunal Constitucional.

La Municipalidad Metropolitana de Lima presentó la demanda por la manera en que el Indecopi había resuelto el caso Lidercon.<sup>4</sup> Los órganos resolutivos correspondientes determinaron que la Municipalidad había creado una barrera burocrática ilegal, al establecer que las

---

\* Miembro del Tribunal Constitucional.

<sup>1</sup> Del 25 de agosto de 2010.

<sup>2</sup> Del 4 de abril de 2007.

<sup>3</sup> Del 11 de abril de 2001.

<sup>4</sup> La resolución de primera instancia fue dada el 24 de enero de 2008.

revisiones técnicas fueran realizadas solo por una empresa. Esta exclusividad estuvo establecida primero solo en el contrato de concesión, pero luego fue incorporada a una ordenanza.

A partir de una lectura de la Ley 27992, Ley Orgánica de Municipalidades,<sup>5</sup> primero la Comisión de Acceso al Mercado y luego el Tribunal de Competencia señalaron que las revisiones técnicas son un instrumento para cumplir una función pública. El numeral 7.6 del artículo 161 de esta ley, en efecto, establece como competencia y función especial metropolitana, en materia de transportes y comunicaciones, lo siguiente: «Verificar y controlar el funcionamiento de vehículos automotores, a través de revisiones técnicas periódicas». Por tanto, las revisiones técnicas pueden darse en concesión, pero sin violar las normas de acceso al mercado, es decir, sin establecer un monopolio legal.

La acción de inconstitucionalidad que planteó la Municipalidad Metropolitana de Lima fue declarada infundada por el Tribunal Constitucional. El argumento principal de esta sentencia fue que, siendo el Perú un Estado unitario y descentralizado, pero no federal, las municipalidades están sujetas al marco normativo que establecen las leyes nacionales: «Así, si bien los órganos locales y regionales tienen amplias facultades constitucionales para coadyuvar al desarrollo económico del país, ello no puede implicar que las políticas locales o regionales que pretendan el desarrollo económico contravengan a las políticas nacionales dirigidas a procurar el bienestar nacional».

## 2. Acceso al mercado

Ciertamente, el acceso al mercado no es una institución sino una situación natural, que existe cuando el Estado se abstiene de establecer monopolios legales. Sin embargo, habiendo tenido el Perú una economía fuertemente intervenida en los treinta años que van de 1962 a 1991, sí se requirió aquí normas legales que restablecieran el libre acceso al mercado.<sup>6</sup> Las normas sustantivas pertinentes se dieron en 1991, pero el instrumento para su aplicación, por parte de la administración pública, recién en 1996.

Las normas sustantivas de acceso al mercado estuvieron incluidas en el paquete de Decretos Legislativos que promulgó el primer gobierno del presidente Alberto Fujimori en 1991, de reforma estructural de la economía peruana. Entre ellos, destacan el Decreto Legislativo 668, Dictan Medidas Destinadas a Garantizar la Libertad de Comercio Exterior e Interior como Condición Fundamental para el Desarrollo del País,<sup>7</sup> y el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.<sup>8</sup>

La prehistoria de estas normas se remonta a 1984, cuando en el segundo gobierno del presidente Fernando Belaunde se dio el Decreto Legislativo 283, que creó la Comisión

<sup>5</sup> Del 27 de mayo de 2003.

<sup>6</sup> Cfr. José Luis Sardón (1995), *Walter Piazza en el MEF: recuento de una frustración costosa*. Lima: Instituto Apoyo.

<sup>7</sup> Del 14 de septiembre de 1991.

<sup>8</sup> Del 13 de noviembre de 1991.

Nacional de los Derechos Económicos (Code).<sup>9</sup> También fue un antecedente importante la Ley 25035, Ley de Simplificación Administrativa, promulgada en 1989,<sup>10</sup> durante el primer gobierno del Presidente Alan García. Pareciera que en los años ochenta, los gobiernos dieron buenas leyes en su tramo final.

Ahora bien, recién en 1996, durante el segundo gobierno del presidente Alberto Fujimori, a través del Decreto Legislativo 807, se modificó el Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), introduciendo el artículo 26 BIS, que crea la Comisión de Acceso al Mercado.<sup>11</sup> Sin embargo, considerando la manera cómo terminó el tercer gobierno del presidente Fujimori, este mecanismo entró en crisis en el 2001.

Ese año, el gobierno del presidente Valentín Paniagua promulgó la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Esta retiró las facultades de la Comisión de Acceso al Mercado para inaplicar barreras burocráticas, permitiéndole solo hacer sugerencias a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Lo interesante es que luego el Congreso cambió de opinión al dar la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa; y la Ley 28032, Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas en Favor de la Competitividad de los Agentes Económicos, el 3 y el 19 de julio de 2003, respectivamente. Mediante estas, la Comisión de Acceso al Mercado recuperó parcialmente las facultades que había tenido en la segunda mitad de los años noventa.<sup>12</sup>

Aunque no ha llegado a recuperar totalmente sus facultades, la Comisión se acercó aún más a hacerlo mediante la mencionada Ley 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada. Cabe señalar que en los dos Congresos que devolvieron las facultades al Indecopi, el gobierno carecía de mayoría. Esto indica que el acceso al mercado era objeto de un importante consenso político en esos años.

A dichas leyes de carácter general, se sumaron la Ley 29022, Ley para la Expansión de Infraestructura en Telecomunicaciones;<sup>13</sup> y, posteriormente, el Decreto Legislativo 1014, Medidas para Propiciar la Inversión en Servicios Públicos e Infraestructura.<sup>14</sup> Estas enfatizaron las facultades del Indecopi para eliminar barreras burocráticas para el desarrollo de la infraestructura de servicios públicos.

Finalmente, el 24 de junio de 2008, según lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la

<sup>9</sup> Del 8 de junio de 1984.

<sup>10</sup> Del 30 de mayo de 1989.

<sup>11</sup> Sobre la base de la que fue la Comisión de Acceso y Salida del Mercado.

<sup>12</sup> Primero para las micro y pequeñas empresas y luego para todas las demás.

<sup>13</sup> Del 19 de mayo de 2007.

<sup>14</sup> Del 16 de mayo de 2008.

Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi),<sup>15</sup> la Comisión de Acceso al Mercado pasó a llamarse Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. Este fue dado en el contexto de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos de América.

### 3. Autonomía municipal

La autonomía municipal tiene una historia no menos interesante. Esta deriva de las normas constitucionales que reestablecieron, en 1933, la elección de las autoridades municipales de manera independiente a la elección de las autoridades nacionales. En sus casi doscientos años de vida republicana, es importante recordarlo, el Perú no ha tenido siempre autoridades locales elegidas directamente por el pueblo.

En los primeros años de la República, el Perú tuvo autoridades municipales elegidas, pero ello corresponde a la prehistoria de la democracia municipal peruana. Luego, durante la llamada República Aristocrática (1895-1919), el Perú tuvo elecciones municipales, pero estas desaparecieron a inicios del gobierno del presidente Augusto B. Leguía, y solo resurgieron cuarenta y cuatro años más tarde, en 1963, a inicios del gobierno del presidente Fernando Belaunde, para desaparecer nuevamente en 1969.

Desde 1980, el Perú ha entrado a una etapa de consolidación de la autonomía municipal, ya que desde entonces se han realizado diez procesos de elecciones municipales: 1980, 1983, 1986, 1989, 1993, 1995, 1998, 2002, 2006 y 2010. El periodo municipal, en los seis primeros casos, dura tres años, mientras que en los últimos cuatro casos, dura cuatro. Salvo el paréntesis 1963-1969, el Perú solo ha tenido elecciones municipales en los veinte primeros y veinte últimos años del siglo xx.

Para comprender el perfil político de las municipalidades, resulta importante señalar que, en las elecciones municipales, el elector tiene un voto para elegir a las autoridades encargadas de la municipalidad provincial y otro para elegir a las encargadas de la municipalidad distrital en la que viven. Estas autoridades son el Alcalde y los regidores que integran el Concejo Municipal.

Desde 1983, el Alcalde tiene que tener, necesariamente, el respaldo de la mayoría absoluta de los miembros del Concejo Municipal. El modelo municipal peruano contiene, pues, la aplicación del criterio de mayorías y, complementariamente, el criterio proporcional. Actualmente, el artículo 25 de la Ley 26864, Ley de Elecciones Municipales,<sup>16</sup> modificado por la Ley 27734,<sup>17</sup> establece:

Los Regidores de cada Concejo Municipal son elegidos por sufragio directo para un periodo de cuatro (4) años, en forma conjunta con la elección del Alcalde. / La elección se sujeta a las siguientes reglas: / La votación es por lista. / A la lista

<sup>15</sup> Del 25 de junio de 2008.

<sup>16</sup> Del 14 de octubre de 1997.

<sup>17</sup> Del 27 de mayo de 2002.

ganadora se le asigna la cifra repartidora o la mitad más uno de los cargos de Regidores del Concejo Municipal lo que más le favorezca, según el orden de candidatos propuestos por las agrupaciones políticas. La asignación de cargos de Regidores se efectúa redondeando el número entero superior. / La cifra repartidora se aplica entre todas las demás listas participantes para establecer el número de Regidores que les corresponde.

La Ley de Elecciones Municipales de 1997 estableció que, para obtener la Alcaldía, la agrupación ganadora debía conseguir un mínimo de votos. El artículo 23 señalaba que se proclamaba Alcalde: «Al ciudadano que ocupe el primer lugar de lista que obtenga la votación más alta, siempre y cuando ésta represente más del 20 por ciento de los votos válidos». Sin embargo, la Ley 27734 ha eliminado el porcentaje mínimo.

Esto significa que el Alcalde cuenta necesariamente con la mayoría absoluta de los Regidores, así haya obtenido su mandato con solo una mayoría muy relativa. Una lista puede obtener la Alcaldía con el 10 por ciento de los votos, y tener la mitad más uno de los Regidores. Este conjunto de dispositivos hacen que el Alcalde ocupe, necesariamente, un lugar de preeminencia en el gobierno local.

La descripción del sistema de gobierno municipal peruano requiere hacer referencia a los mecanismos de democracia directa introducidos por la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.<sup>18</sup> Dicha ley fue derogada por las Leyes 26592<sup>19</sup> y 26670<sup>20</sup>, pero restituidas mediante Ley 27520. El inciso a) del artículo 20 de esta ley señala: «La Revocatoria es el derecho que tiene la ciudadanía para destituir de sus cargos a: a) Alcaldes y Regidores».

Desde que los mecanismos de democracia representativa han sido dispuestos de forma tal que brinden concentración de poder en la figura del Alcalde, se ha tratado de atenuar este poder vía la introducción de la Revocatoria. Por cierto, la democracia directa municipal viene siendo utilizada de manera intensa; sin embargo, podría preguntarse si no habría sido más conveniente rediseñar los mecanismos de democracia representativa municipales.

#### 4. Perspectivas

En los últimos treinta años, tanto las normas de acceso al mercado como las referidas a la autonomía municipal han tenido importantes cambios en el tiempo. En ese contexto cambiante, debe ubicarse la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad que planteó la Municipalidad Metropolitana de Lima en contra de las facultades del Indecopi y, específicamente, de la hoy llamada Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.

<sup>18</sup> Del 2 de mayo de 1994.

<sup>19</sup> Del 18 de abril de 1996.

<sup>20</sup> Del 11 de octubre de 1996.

Esta sentencia constituye un hito importante dentro de este contrapunto entre el acceso al mercado y la autonomía municipal. En todo caso, todo indica que el asunto no está cerrado definitivamente y que podría replantearse la cuestión en el futuro inmediato. En ese caso, resultaría bueno repasar algunas cuestiones fundamentales, aprendidas durante estos años.

La reacción en contra del Indecopi se debió a que se estimó que la entonces Comisión de Acceso al Mercado constituía una herramienta de sujeción de las municipalidades al gobierno del Presidente Fujimori. Esa idea no es del todo descabellada, considerando que los tribunales administrativos constituyen una excepción al principio de separación de poderes. Así insistió en señalarlo Roberto Ramírez del Villar, uno de los más importantes constitucionalistas peruanos de la segunda mitad del siglo xx.<sup>21</sup>

En el Perú, estos tribunales se introdujeron en el ordenamiento jurídico durante el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, del general Juan Velasco. Sin embargo, su multiplicación se produjo durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori. El que se acertara a designar profesionales idóneos para dichas altas responsabilidades contribuyó a legitimarlos, pero no debe perderse de vista los riesgos de politización.

No es aventurado señalar, por otra parte, que la autonomía municipal ha sido ejercida de manera no siempre adecuada. Hace unos años, los excesos cometidos en su ejercicio fueron objeto incluso de un importante informe de la Defensoría del Pueblo.<sup>22</sup> La esperanza es que la institucionalización de la autonomía municipal, a través de la repetición de los procesos electorales respectivos, permita que vayan madurando las conductas pertinentes.

Lo que no puede hacerse, en suma, es tomar partido definitivo por uno de estos dos términos. El libre acceso al mercado es uno de los fundamentos de la economía de mercado y, en ese sentido, un aspecto clave del desarrollo económico peruano. Sin embargo, su vigilancia a cargo de un tribunal administrativo puede tener riesgos de politización que no cabe negar.

Por otro lado, la autonomía municipal es parte fundamental de la desintegración vertical del gobierno. En ese sentido, es una de las garantías más importantes que el orden constitucional establece para la libertad ciudadana. Sin embargo, puede ser ejercida de manera que el control político que deriva de la repetición de elecciones no sea suficiente.

La integración de estos términos, por tanto, requiere altas dosis de sagacidad y de prudencia

---

<sup>21</sup> Ramírez del Villar, Roberto (1996), *El magisterio constitucional*, Lima: Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente

<sup>22</sup> Defensoría del Pueblo (2008), *¿Uso o abuso de la autonomía municipal? El desafío del desarrollo local*, Informe Defensorial N° 133.

---

Este libro se terminó de imprimir  
en junio del 2014 en los  
Talleres Gráficos de  
Editorial Tinco S.A.  
Calle Arquímedes 114  
Urb. La Campiña - Chorrillos  
Teléfono: 719-1137 • 719-1139

---





[www.revistajuridica.com.pe](http://www.revistajuridica.com.pe)

ISBN: 978-612-4240-03-4



THOMSON REUTERS