



UNIVERSIDAD DE BURGOS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO
Area de Derecho Administrativo

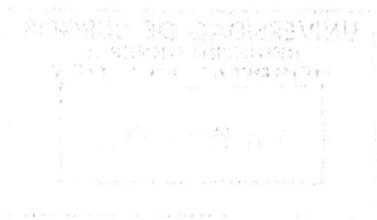


LA POTESTAD NORMATIVA DE LAS
ENTIDADES LOCALES: SU ALCANCE
Y ARTICULACION CON LA POTESTAD
NORMATIVA ESTATAL Y AUTONOMICA



TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR D. SANTIAGO A. BELLO PAREDES,
PARA LA OBTENCION DEL GRADO DE DOCTOR, REALIZADA BAJO
LA DIRECCION DEL PROF. DR. JOSE LUIS MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ





Faint, illegible text or markings located in the lower left area of the page.

X730069914

*"Caminante, son tus huellas
el camino, y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
sino estelas en la mar"*

(Proverbios y Cantares, XIX)

Antonio Machado

INTRODUCCION

Tratar de explicar, en primer lugar, los motivos que han conducido a la elección de este tema como objeto para la elaboración del Trabajo de investigación que permita alcanzar el grado de Doctor a este doctorando resulta, cuanto menos, una labor harto compleja. No sólo los años de investigación han podido nublar los primeros rayos de luz que permitieron la iniciación en una labor como ésta, sino que siempre es difícil al ser humano encontrar en sí mismo las más profundas razones de su actuar vital.

Sí recuerdo aún, y no sin desapasionamiento, como el tema de las Entidades locales siempre tuvo en mi inconsciente la atracción de algo que no se había tratado con justicia por los tiempos; y es que, queramos o no, existe una cierta dosis de idealización sobre estas organizaciones territoriales, sentimiento que tan literariamente describiera Tocqueville, ¡sí, me parecía en aquella época que habían salido realmente de las manos de Dios!.

Frente a esta primera sensación vital, el inexorable paso del tiempo, y la utilización de técnicas propias de la investigación jurídica me hicieron abandonar este primer posicionamiento, hasta llegar a la conclusión, más racional y menos romántica, que las Entidades locales son fundamentalmente, junto al resto de organizaciones territoriales del poder, instrumentos para el ejercicio de las potestades públicas.

Además, y en este intento de justificar el trabajo de varios años de investigación, se ha ido percibiendo, aunque esto era ya algo que se podía inducir desde el principio, que las Entidades locales no han tenido en la Historia contemporánea de nuestro país el papel que desde un punto de vista racional debieran haber desempeñado: su desplazamiento por el Estado, hasta el borde de ser absorbidas por éste en algunos períodos históricos, nos dió siempre la sensación de ser una situación poco recomendable para el óptimo funcionamiento de todo el sistema de poderes.

Pues bien, y este es quizás el motivo último, la causa, como se diría en Teoría general del Derecho, la Constitución española de 1.978 es el hito normativo que pretendió modificar tajantemente esta situación de "acoso y derribo" de las Entidades locales.

Desde nuestra Carta Magna se evidencian signos inequívocos de modificación extrema de la situación de las Entidades locales, en pocos artículos ello es cierto (quizás, y parafraseando a un estadista inglés: *nunca tan pocos artículos han podido producir tal transformación jurídica*), pero dentro de una línea de innovación en la distribución territorial del poder que también permitió la revolucionaria creación de otras organizaciones territoriales como son las Comunidades Autónomas.

Pues bien, dentro de esa línea de profunda innovación en la situación de las Entidades locales que arranca de la Constitución de 1.978, y como consecuencia directa e inexcusable de la misma, se debía cuestionar cuál era la situación de las normas jurídicas aprobadas por las Entidades locales.

Si la situación de las Entidades locales se había transformado tan radicalmente, parecía evidente que la conclusión se extendiese a sus productos normativos, pues las normas jurídicas no son sino el instrumento de plasmación del poder en un Estado de Derecho.

Y es este justamente el objeto central de este trabajo de investigación: conocer cuáles son las posibilidades de actuación normativa de las Entidades locales -alcance de su potestad normativa-, así como las relaciones que mantiene, en términos normativos, con el resto de entes productores de normas jurídicas de nuestro Derecho, Estado y Comunidades Autónomas.

Para ello es necesario, dado que la norma jurídica no es sino la plasmación de una entidad que ejerce poder, poder juridificado en un Estado de Derecho, evaluar primero la situación constitucional -anclaje- de las Entidades locales en nuestro sistema de distribución territorial del poder, para después, y sólo después, redefinir la situación

de las normas jurídicas dictadas por éstas.

De resultas de este proceso lógico-jurídico pretendemos poner de manifiesto cómo la situación de la potestad normativa de las Entidades locales ha sufrido también una enorme mutación por imperativo de la Norma Suprema; mutación no sólo en la posibilidad de dictar normas jurídicas en un mayor ámbito de materias, sino también en las relaciones existentes entre las normas dictadas por las Entidades locales y las de origen estatal y autonómico.

En esta elaboración, que nosotros pretendemos justificar a lo largo de este trabajo, partimos de una dificultad añadida, y es que en nuestro Derecho, a diferencia de los de nuestro entorno cultural: Francia y Alemania muy significadamente, se ha mantenido una visión de la Ley cargada de connotaciones iusfilosóficas que la conciben como una norma infalible y cuasimitológica. Ante ello sostener que cabe una oposición entre una norma local -que no es ni será nunca Ley porque no surge de ningún Parlamento- con una Ley, resultan a estos oídos tanto una herejía como un ataque a las más hondas raíces iuspublicistas.

Y es que la relación la relación internormativa se desplazará y deberá operar únicamente dentro de la legitimación constitucional del Estado de Derecho, que no

es otra que la expresión de la soberanía de la Nación española a través de una pluralidad de entidades públicas de naturaleza territorial.

Y es ésta justamente la aportación que se pretende realizar, y fundamentar, en este trabajo. Lo que en términos constitucionales se denomina la gestión de sus **"respectivos intereses"**, artículo 137 CE, es la llave que ha de abrirnos los secretos hasta ahora ocultos de la actuación normativa de las Entidades locales.

Sentada la anterior conclusión, el resto del trabajo trata de poner de manifiesto cómo las teorías elaboradas en el mismo son aplicables, y explicables, en la práctica diaria, para lo cual abordamos el estudio de tres materias esenciales para las Entidades locales: la organización, el urbanismo y su capacidad tributaria. El resultado de esa labor de confrontación, de las conclusiones teóricas con la realidad normativa sectorial infraconstitucional, resulta desalentadora, en cuanto el legislador viene operando con absoluto abandono de las declaraciones constitucionales sobre la situación de las Entidades locales; pero, y aunque ello parezca contradictorio, optimista por cuanto se percibe que esta situación puede cambiar, es factible que cambie, luego hemos de hacerla cambiar ...!.

Por último, no quisiera dejar de manifestar que las consideraciones que se hacen a lo largo de este trabajo son realizadas para las miles de Entidades locales que existen en nuestro ordenamiento jurídico, e incluso serían

operativas para todas ellas. Pero la realidad en la que vivimos, que nunca podremos obviar, aconsejan la necesaria reforma de las Entidades locales con menor número de población para hacer de ellas auténticos y efectivos centros de poder, de lo contrario no serán sino espectros de una realidad de desoptimización de recursos públicos, las fórmulas de esta actuación no son el objeto de este trabajo, pero ¿por qué no de alguna otra aventura investigadora?...

Ya acabando, quisiera manifestar mi más sentido reconocimiento al apoyo prestado a lo largo de todos estos años de investigación por mi familia, mis compañeros del Area de Derecho Administrativo de la novel Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, antes de la de Valladolid, y mis alumnos que tuvieron alguna vez que soportar explicaciones sobre la organización del poder alejadas en alguna medida de los manuales al uso. A todos ellos gracias, y a los lectores que se adentren en la larga, y alguna vez tortuosa, andadura de este trabajo desearles que les sea fructífera.

Burgos, a 23 de abril del año del Señor de mil novecientos noventa y siete.

Fiesta de la Comunidad Autónoma de Castilla y León,
Fiesta de la Comunidad Autónoma de Aragón,
Día de Sant Jordi en la Comunidad Autónoma de Cataluña,
Fiesta del Municipio de Puentedura de la provincia de Burgos y
Día Mundial del Libro.

PARTE PRIMERA

LAS ENTIDADES LOCALES Y SU
POTESTAD NORMATIVA ANTES DE
LA CONSTITUCION DE 1.978

CAPITULO PRIMERO

LA CONFIGURACION HISTORICA DE LAS ENTIDADES LOCALES

**I.- SITUACION INSTITUCIONAL DE LA ENTIDADES LOCALES
EN NUESTRA HISTORIA CONTEMPORANEA.**

**A) DETERMINACION DE LAS PREMISAS HISTORICO-JURIDICAS
Y JUSTIFICACION DE LA METODOLOGIA EMPLEADA.**

Resulta necesario, en este primer momento, indicar al lector cuáles son las razones que nos han impulsado a elegir un **modelo** determinado de acercamiento a la realidad histórico-jurídica de las Entidades locales; básicamente a partir de una fecha concreta, 1.812, y con un método de investigación marcadamente positivista: el estudio de las regulaciones normativas que tuviesen por objeto estas entidades públicas.

En primer lugar, la elección como hito normativo del comienzo de este trabajo la Constitución de 1.812 no puede significar que pretendamos desconocer la situación histórica anterior, sino que, por el contrario, partimos de las conclusiones ofrecidas en los estudios histórico-jurídicos realizados sobre los municipios y provincias de

nuestro país desde la Edad Media¹, aún con la asumida dificultad de ofrecer una visión objetiva de esta evolución histórica, y es que, cómo ya nos advirtiera Jackson Turner, "cada época escribe de nuevo la historia del pasado con referencia a las circunstancias predominantes en su propio tiempo"².

¹.- Estudios que por otra parte no son relativamente numerosos en nuestra doctrina, lo que evidencia por sí que nos encontramos ante un importante objeto de reflexión aún para los investigadores de nuestro Derecho Histórico; conviene mencionar los trabajos de SOSA WAGNER, F., *Manual de Derecho Local*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1.995, págs. 19 a 34, inclusive; GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del municipio constitucional*, I.E.A.L., Madrid, 1.983; o los artículos de GONZALEZ ALONSO, B., "El Régimen municipal y sus reformas en el siglo XVIII", R.E.V.L. n° 190, abril-junio 1.976, pág. 249 y sgs; GUILLAMON ALVAREZ, F., "La Administración municipal en la Edad Moderna: del régimen castellano al modelo gaditano", R.E.A.L.A., n° 248, octubre-diciembre 1.990, pág. 824 y sgs.; respecto al estudio de la provincia podemos citar los trabajos de VALLINA VELARDE, V., DE LA, *La provincia, entidad local, en España*, Boletín Oficial de la provincia de Oviedo, Oviedo, 1.964, págs. 17 a 38; SANTANA MOLINA, M., *La Diputación provincial en la España decimonónica*, I.N.A.P., Madrid, 1.989, págs. 15 a 22. Siendo especialmente significativo por el momento histórico en que fue realizado el trabajo de AZCARATE, G. DE, "De la Administración Provincial y Municipal", R.G.L.J., n° 79 y 80, 1.891 y 1.892, especialmente en la pág. 526 y sgs.

Desde una perspectiva histórica se pueden citar las obras de ORTIZ DE ZUÑIGA, M., *El libro de los Alcaldes y Ayuntamientos*, I.E.A.L., Madrid, 1.978; ARTOLA GALLEGU, M., *Antiguo Régimen y revolución liberal*, Ariel Historia, Barcelona, 1.978; TOMAS Y VALIENTE, F., *Estudio preliminar al Gobierno político de los pueblos de España y el Corregidor, Alcalde y Juez de ellos*, de SANTAYANA Y BUSTILLO, L., I.E.A.L., Madrid, 1.979, págs. IX-XLVI; así cómo varios trabajos incluidos en la obra *Centralización y Descentralización. Modelos y procesos históricos en Francia y España*, I.E.A.L., Madrid, 1.985: "Poder central y "Estados" regionales en la Baja Edad Media", pág. 233 y sgs.; "Poder estatal y poder municipal", DOMINGUEZ ORTIZ, A., pág. 259 y sgs., y con una mayor generalidad, pues se refiere a la globalidad de las instituciones, GARCIA-GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español I: El origen y la evolución del Derecho*, Madrid, 1.979, y VALDEAVELLANO, L.G., DE, *Curso de Historia de las Instituciones españolas*, Alianza Universitaria, Madrid, 1.986.

².- Citado por LALINDE ABADIA, J., "Apuntes sobre las "ideologías" en el Derecho histórico español", A.H.D.E., Tomo XLV, 1.975, pág. 123.

1º.- Premisas histórico-jurídicas: Las Entidades locales en las Edades Media y Moderna

Nos encontramos con una situación de los municipios, fundamentalmente los castellanos, que habían alcanzado una época de notable esplendor al final de la Alta Edad Media³, con el consiguiente componente político de su actuación en relación con la nobleza y el monarca. Y ello hasta el punto de que Hinojosa pudiera afirmar que:

"El municipio medieval ha sido el precursor del Estado moderno. El suprimirá las trabas jurídicas que separaban las varias clases sociales y daban el carácter de privilegio a la libertad civil y la participación en la vida pública. Los grandes principios que informan la vida contemporánea, la libertad de la persona, de la propiedad y del trabajo, la inviolabilidad del domicilio, la igualdad de derechos civiles y políticos, en suma, tuvieron su primera realización práctica en la esfera limitada por los

³.- SOSA WAGNER, F., *Manual ...*, cit., pág. 20, califica esta situación comparando que "si el señorío es el arquetipo de la sujeción personal, el Municipio es el reducto de las libertades". Y es que la situación anterior, que se inició en el Bajo Imperio y llegó hasta el siglo XI, se caracterizaba por la ausencia de toda estructura político-administrativa, siendo los centros de población, urbanos y rurales, meros lugares de habitación, agrupaciones humanas cuya existencia no era reconocida por el Derecho, tal y como señala VALDEAVELLANO, L. G. DE, *Curso de Historia de ...*, cit., pág. 529.

muros del Municipio"⁴.

Pero esta situación se mantuvo hasta que el Estado, o por decirlo con mayor rigor, el poder real alcanza su afianzamiento definitivo⁵, lo que ocasiona la crisis irreductible del poder de los municipios castellanos surgidos de la Alta Edad Media; todo lo cual evidencia por sí el "radical antagonismo que parece haber existido entre la autonomía municipal y los principios constitutivos del Estado absoluto, de manera que, según demuestra la experiencia histórica, allí donde el Estado adquirió consistencia merced a su adecuación a las formulaciones absolutistas, el Municipio perdió fortaleza institucional en análoga medida"⁶.

En palabras de García Gallo esta evolución se produjo de la siguiente forma, a partir del reinado de los Reyes Católicos la situación de la existencia de una comunidad política organizada en tres "estados" (nobleza, eclesiástico y ciudades), que conforman el "Reino", se modifica con la creación de instituciones propias de la

⁴.- Citado por VALDEAVELLANO, L.G. DE, *cit.*, pág. 531. Esta función uniformizadora del municipio, como elemento de nivelación social, también es resaltado por GARCIA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español*, *cit.*, pág. 585.

⁵.- En este sentido DOMINGUEZ ORTIZ, A., "Poder estatal y poder municipal...", *cit.*, pág. 261, señala cómo "El Estado moderno (...) reforzó y amplió sus atribuciones a costa de otras áreas de Poder, concretamente los municipios y los señoríos".

⁶.- GONZALEZ ALONSO, B., "El régimen municipal ...", *cit.*, pág. 250, llegando este autor a extrapolar esta conclusión a modelos de Derecho comparado como el francés, en una suerte de conclusión inequívoca: la potenciación del Estado conduce a una pérdida de importancia de los municipios; lo que, en alguna medida, parece justificar el título de la obra de SAVIGNY, J. DE., *¿El Estado contra los Municipios?*, trad. esp. BERMERJO VERA, J., I.E.A.L., Madrid, 1.978.

Monarquía y sin la presencia de aquellos grupos organizados; la figura del monarca acaba por prevalecer frente al resto, quedando como el Estado por antonomasia, pasando posteriormente éste a ser una organización del Poder creación del Monarca y a él vinculado, y que tuvo durante el siglo XVIII su más acabada configuración⁷.

Y es que, como señala García de Enterría, en los países europeos, salvo Inglaterra, se produce un triunfo total de la monarquía que trae consigo una etapa de absolutismo, caracterizado, entre otras notas, por la implantación de un poder monopolizado en exclusiva por el Estado y por la figura del monarca, produciéndose una suerte de identificación de éste con el poder público⁸.

Todo ello significa el triunfo de un poder sobre el resto de elementos sociales de la época, y, por ende, de los órganos de gobierno de la monarquía sobre los propios de la burguesía, como pueden ser, básicamente, los existentes en los municipios y provincias, que, como ha puesto de relieve Vicens Vives para la historia francesa, continuaron existiendo pero sin tener "importancia alguna

⁷.- GARCIA-GALLO, A., *Manual de Historia...*, cit., pág. 698 y sgs.

⁸.- GARCIA DE ENTERRIA, E., *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1.984, pág. 29, en cuanto considera que el triunfo definitivo de la Monarquía sobre la nobleza se realiza en "los grandes Estados nacionales europeos", mientras que "esta misma pugna se resuelve en Inglaterra de modo diverso, a favor de los comunes o ciudades y de los señores o lores, que consiguen imponerse a la Corona en una larga lucha que culmina en la llamada Gloriosa Revolución".

en la política del nuevo Estado"⁹; quedando todos ellos adscritos a la reorganización racionalista de los cuadros administrativos realizada por la monarquía triunfante¹⁰.

Además en nuestro país esta situación se vio agudizada aún más durante el período de la Administración de los Austrias, en el que se produjo un declive importante de los municipios¹¹ con la pérdida de sus instituciones de autogobierno (de un sistema de gobierno con democracia directa, el Concejo¹², se pasa a un sistema de cargos concejiles vitalicios, que llegaron a ser vendidos, como sucedió con los bienes comunales, por los monarcas para

⁹.- VICENS VIVES, J., *Historia General Moderna*, vol. I, 9ª ed., Montaner y Simón, Barcelona, 1.974, pág. 452.

¹⁰.- Esta situación "de facto" necesitaba alguna justificación teórica que se encargaron de proporcionar los teorizantes del Absolutismo, quienes llegaron a concebir el poder real como algo directamente emanado del poder divino, lo que convertía al monarca en un ser superior, según llegara a afirmar BODIN en su libro *Los seis libros de la República*, citado por VICENS VIVES, J., *cit.*, pág. 266.

¹¹.- DOMINGUEZ ORTIZ, A., "Poder estatal y poder municipal...", *cit.*, pág. 267 y sgs., realiza un esclarecedor estudio de la utilización por los Austrias de diversas medidas tendentes a incrementar los ingresos reales que conllevó el declive de los municipios, medidas que alcanzaron su cénit con el reinado de Felipe IV.

Citando este autor como agresiones más importantes que sufrieron los municipios las siguientes:

a) "Venta y conversión en señoríos de numerosas villas y lugares de realengo. En total se vendieron más de cuarenta mil vasallos, casi 200.000 habitantes (...)"

b) "La venta de tierras baldías fue otro golpe muy duro para numerosos municipios, especialmente en el sur, donde estas tierras eran muy numerosas (...)"

c) "La venta de cargos municipales (...)"

¹².- Sistema de organización ya fuertemente limitado desde el reinado de Alfonso XI (1.312-1.350), quien comenzó a sustituir este órgano de gobierno por la figura de los Regidores reales; así en 1.345 este Rey ordenó a la ciudad de Burgos sustituir su Concejo por una "junta de hombres buenos" que él nombraba. Igualmente este Rey fue quien comenzó la tradición de enviar corregidores para inspeccionar el gobierno municipal, según refiere VALDEAVELLANO, L.G., DE., *Curso de Historia...*, *cit.*, pág. 550.

obtener fondos adicionales para sus arcas¹³; igualmente se produce un incremento de la intervención de los monarcas sobre las Haciendas y bienes locales), la desvalorización de las funciones a desempeñar por los municipios (claramente despolitizadas y rebajadas a la administración del patrimonio municipal y a la gestión de lo que hoy llamaríamos servicios públicos elementales), y la potenciación de la figura de los Corregidores como órganos encargados de controlar los municipios en su condición de representantes del monarca¹⁴.

Así se produce un alejamiento de los vecinos de los asuntos municipales que quedaron, al menos en las grandes ciudades, en manos de una oligarquía detentadora de la titularidad de los oficios concejiles, lo que degeneró en una gestión poco escrupulosa de los fondos municipales. La situación en definitiva, y como también se vivió en Francia¹⁵, corresponde a una ausencia de "representatividad

¹³. - Respecto de la venta de bienes comunales y su incidencia en la situación económica de los pueblos, NIETO, A. *Bienes Comunales*, EDERSA, Madrid, 1.964, pág. 846, considera que uno de los motivos de la venta de estos bienes fue la consagración del principio de que "los gastos debían ser, en lo posible, cubiertos con los productos de sus bienes"; en similares términos se manifiesta SERNA VALLEJO, M., "Estudio histórico de los bienes comunales", *R.A.A.P.*, n° 3, diciembre 1.993, pág. 214, cuando afirma la intención de estos monarcas de generalizar las acciones contra los bienes comunales "como un medio más de obtener recursos para el erario público".

¹⁴. - Señalando GUILLAMON ALVAREZ, F., "La Administración municipal ...", *cit.*, pág. 830 que la Pragmática de 9 de julio de 1.500 consagra la posición del Corregidor como "un personaje independiente del municipio donde actúa, pero dependiente del Rey que lo nombra y le controla", siendo sus competencias las más amplias posibles como representante y delegado político del Rey para controlar la vida local, pues aunque sólo tuviese voto de calidad, "la historiografía ha puesto de manifiesto su poder efectivo a la hora de enfrentarse a los Regidores".

¹⁵. - Según puso en evidencia TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, 1.969, pág. 79, cuando señala que "En el siglo XVIII, el gobierno municipal de las ciudades había degenerado en una pequeña oligarquía. Unas pocas familias se ocupaban de los asuntos generales con fines particulares, lejos de las miradas del pueblo y sin ser responsables ante éste; era una enfermedad de que adolecía esta administración en toda Francia. Todos los

ad intra, ni autonomía ad extra¹⁶".

Esta situación se mantiene y profundiza con la monarquía de los Borbones, máxima expresión del absolutismo monárquico¹⁷, quienes ya desde los inicios de su reinado dejan constancia de su voluntad inequívoca de monopolizar la totalidad del poder público, sin permitir la existencia de regulaciones específicas en el Derecho municipal¹⁸ que pudieran atentar contra el monopolio de este poder.

De esta forma se produce no solamente una implacable centralización, por medio del control de los corregidores, sino también, y muy especialmente respecto de las Haciendas locales, la disminución de las facultades de los Ayuntamientos para administrar sus bienes y la supervisión

intendentes la señalaban, pero el único remedio que se les ocurría era someter cada vez más los poderes municipales al gobierno central".

¹⁶.- GONZALEZ ALONSO, B., *El régimen municipal y sus reformas ...*, cit. pág. 259.

¹⁷.- Como ha resaltado SOSA WAGNER, F., *Manual de ...*, cit. págs. 25 y 26, en cuanto ello supuso un afianzamiento de la Monarquía y del Estado, en suma, frente a una organización distinta de éste y participada de una voluntad de actuación no coincidente con la suya; para lo cual era necesario conseguir un debilitamiento de la posición institucional de los municipios, de sus funciones y de su propias finanzas, por lo que se incrementó la existencia de agentes del monarca para el control de la actividad de los municipios, corregidores, y se agudizó el intervencionismo del Estado en asuntos hasta entonces realizados por los municipios; puesto que, como ha señalado GONZALEZ ALONSO, B., *El corregidor castellano (1.348-1.808)*, I.E.A.L., Madrid, 1.970, pág. 204, esta actuación real significó el ocaso del poder de los órganos municipales en esta dialéctica instaurada entre los municipios y la monarquía.

¹⁸.- Así, en los Decretos de Nueva Planta se acaba con la organización municipal propia de los territorios del reino de Aragón, asimilando la organización municipal castellana a estos territorios con la finalidad de uniformizar, en la situación de subordinación ya instaurada respecto de éstos, el régimen y naturaleza de los municipios, y ello bajo el pretexto del apoyo prestado a su rival en la Guerra de Sucesión, tal y como apunta GONZALEZ ALONSO, B., "EL régimen municipal...", cit., pág. 254.

del destino de las cantidades procedentes de los arbitrios¹⁹.

En este sentido también debe destacarse como en la época borbónica se produjo, según señala Font Rius, una nueva división del suelo español en provincias "como un aspecto de la uniformidad impuesta por Felipe V para todos los antiguos Reinos integrantes de la Monarquía"²⁰, y con el propósito de servir de circunscripción territorial del Intendente con atribuciones militares, judiciales, económicas, políticas y administrativas. Bajo esta circunscripción provincial existía una pléyade de subdivisiones que respondía a las denominaciones y criterios más dispares (abadías, alfoces, campos, comunidades, corregimientos, concejos, condados, cotos, redondos, cuadrillas, cuartos, distritos, estados, gobernaciones, hermandades, juntas, jurisdicciones, vecindades, ochavos, partidos, tierras²¹).

No obstante, tan acusadas tendencias absolutistas

¹⁹.- GONZALEZ ALONSO, B., *El Régimen municipal y sus reformas ...*, cit., pág. 258, señala la importancia que en esta actuación tuvo la Instrucción otorgada por Felipe V en el año 1.745, así cómo las Ordenanzas reales de 1.749 (que facultaba a los intendentes para la administración de los bienes de propios) y la de 1.751 que obligaba a los municipios a rendir cuentas anualmente al Consejo real.

²⁰.- Citado por VALLINA VELARDE, V. DE LA, *La Provincia, Entidad local en España*, cit., pág. 27.

²¹.- Según señala MELON Y RUIZ DE GORDETUELA, A., *El mapa prefectural español*, Madrid, 1.810, págs. 19 y 20.

generaron²² una gran tensión social que se pusieron de manifiesto en los motines de Esquilache, lo que obligó a una tímida reforma municipal²³ (con la creación, por medio del Auto Acordado de 1.766 "en todos los pueblos que lleguen a dos mil vecinos" de un procurador síndico personero y de vecinos diputados del común) para acabar con el carácter vitalicio de los cargos municipales, pero que tampoco significó ninguna gran novedad respecto de la situación anterior de municipios y provincias como **estructuras instrumentadas** para la gestión de asuntos administrativos de menor importancia²⁴.

Por todo ello, podemos afirmar que el origen, desarrollo y declive de los municipios, desde la Alta Edad Media hasta la Edad Moderna, se caracteriza por su confrontación con el resto de poderes y su definitiva abdicación ante el "poder real". No solamente éste llegó a controlar las instituciones de autogobierno municipales, a través de las figuras de los Regidores y Corregidores,

²².- Junto con motivos económicos debido al aumento espectacular del precio del trigo que pasó de 834 maravedíes en el año 1.761 a 1.657 en el año 1.765, dato ofrecido por VILAR, P., "El motín de Esquilache y la crisis del Antiguo Régimen", *Revista Occidente*, nº 107, febrero 1.972, pág. 205, lo que fue imputado a la desaparición de la "tasa de granos" y la liberalización del comercio del trigo que condujo a la existencia de grandes movimientos especuladores con este producto de primera necesidad.

²³.- GONZALEZ ALONSO, B., "El régimen municipal ..." cit., pág. 267, y SOSA WAGNER, F., *Manual de ...*, cit. pág. 26, no dudan en calificar esta solución cómo la menos reformadora de las posibles y con la única finalidad de que no menoscabasen seriamente la situación establecida. De esta forma GONZALEZ ALONSO cuestiona la motivación de Carlos III con esta reforma, no tanto vinculada a una inspiración "democrática", sino "inspirada en los cánones absolutistas entonces al uso que se adivinan, sin ir más lejos, en la proclamación del carácter "sagrado" de la persona del rey" (pág. 269).

²⁴.- GONZALEZ ALONSO, B., "El régimen municipal ...", cit., pág. 274, señala "el carácter meramente administrativo del Municipio" y define los cambios introducidos a lo largo del período borbónico como "conducentes a estrechar el cerco centralizador".

ya iniciada durante el reinado de Alfonso XI con la sustitución de los Concejos por los Ayuntamientos integrados por cargos de nombramiento real (aunque ya éstos estuviesen dominados en alguna suerte por oligarquías locales -caballeros villanos), sino que la imposición del poder real derivó en la pérdida paulatina de poder del órgano de reunión de todos los elementos de la Comunidad que gozaban de poder político, las Cortes²⁵.

En suma, el municipio primero perdió su autonomía frente al poder real, y luego, adscrito por éste como elemento conformador de la voluntad regia a través de las Cortes, perdió su capacidad de conformar la actuación política del Estado con la disminución del poder de las Cortes frente a la realeza.

El punto de partida cronológico de este trabajo, la obra de los constituyentes gaditanos en 1.812, se justifica

²⁵. - BOIX REIG, V., "Significación de la provincia en la distribución territorial del poder por la Constitución española", *R.A.P.*, n° 115, enero-abril 1.988, pág. 341, señala que uno de los medios utilizados por los monarcas absolutistas fue el de atraerse el apoyo de los municipios contra la nobleza, "por ello se dará voto en Cortes a las grandes ciudades -18 ciudades en el siglo XVI, que se ampliará a 21 en el siglo XVIII", para luego ir vaciando de funciones este órgano de participación estamental. Un ejemplo clarificador de esta pérdida de poder de las Cortes puede encontrarse en la materia tributaria, materia de la cual éstas lograron obtener el embrión de su actuación como órganos o cuerpos legislativos. De esta forma, y como nos recuerda PEREZ ROYO, F., "Fundamentos y ámbito de la Reserva de Ley en materia tributaria", *H.P.E.*, n° 14, 1.972, pág. 211, en España "el papel de las Cortes en el consentimiento de los impuestos va decreciendo a medida que progresa el absolutismo de los monarcas. (...) Es necesario reconocer que, al contrario de lo que pretendían algunas interpretaciones románticas, (...) aunque las Cortes continuaron siendo convocadas con bastante frecuencia durante el reinado de los primeros Austrias, su intervención en materia financiera no puede calificarse de definitiva en esa época. Más bien puede afirmarse que su actuación se ajustó al siguiente esquema, trazado por el profesor CARANDE en su conocida obra sobre la Hacienda real bajo Carlos V: Las Cortes contemplan, al acudir a la solemne convocatoria y como hechos consumados, conocen entonces los resultados de una política cuyo desarrollo, lejos de esperar, ordinariamente no comparten y en más de una ocasión reprueban, pero acerca de la cual no se les consulta".

no sólo por constituir el momento de promulgación de la primera Constitución en nuestro Derecho, tal y como en la actualidad se entiende este término, sino porque supone esta regulación normativa el primer intento de construcción del municipio moderno que hasta hoy conocemos, con la ruptura además que este texto significa con el modelo de configuración del poder diseñado en el Antiguo Régimen²⁶, y su plasmación en referencia a los municipios y provincias.

²⁶.- Motivación política de dar por concluida la etapa absolutista que se desprende de la voluntad explicitada por sus redactores en el *Discurso preliminar a la Constitución de 1.812*, que tradicionalmente se imputa su autoría a ARGÜELLES, A., DE., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1.981, pág. 78, cuando a la hora de justificar la necesaria operatividad del principio de división de poderes se señalaba que "La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo, justicia ni prosperidad, en un Estado en donde el ejercicio de toda la autoridad esté reunido en una sola mano", puesto que se pretendía instaurar un régimen monárquico "moderado por la ley fundamental, sin que en las limitaciones que la modifican pueda hacerse ninguna alteración, sino en los casos y por los medios que señala la misma Constitución", pág. 80.

Lo que en el texto constitucional tiene su reflejo en los artículos 3º, con la declaración de la titularidad de la soberanía en la Nación; 14º, con la declaración de que el "Gobierno de la Nación española es una Monarquía moderada"; 15º, en el que se residencia la facultad legislativa en "las Cortes con el Rey" y 16º que otorga al Rey "la potestad de hacer ejecutar las leyes".

2º.- Sobre la Metodología utilizada.

Por último, y ya respecto de la metodología empleada en este acercamiento histórico, debemos señalar que se ha efectuado básicamente desde una posición **jurídico-positiva**, con el estudio comparativo de las referencias normativas habidas desde la Constitución gaditana hasta nuestros días.

Y ello por cuanto que, con independencia de la mayor o menor aplicación de las normas positivas en la realidad²⁷, el estudio del Derecho positivo nos permitirá determinar la voluntad de los legisladores en la relación entre el **poder local** y el Estado; lo que no nos conducirá a olvidar o menospreciar las circunstancias históricas en que tales regulaciones se produjeron, dado que ninguna institución jurídica puede ser realmente comprendida fuera del entorno socio-político en el que se genera²⁸.

²⁷.- Hecho éste difícil de acreditar por cuanto nos encontramos con un amplio período histórico, más de 150 años, y un gran número de operadores, todos los municipios, provincias y entes menores sobrepasan los nueve mil; a lo que habría de añadirse la escasez de trabajos en esta materia en nuestro país.

²⁸.- Por ello tenemos muy presente las **observaciones** que a este método de investigación ha realizado GALLEGO ANABITARTE, A., "Notas histórico-jurídicas sobre Régimen local español", R.E.V.L., n° 166, abril-junio 1.970, pág. 267, cuando critica la metodología que se limite al estudio de las normas jurídicas sobre las Entidades locales por cuanto resulta difícil aceptar para este autor que:

"A) El estudio del Régimen local en 1.812 sin ninguna referencia al Antiguo Régimen, faltando toda conciencia histórica de continuidad.

B) El aislamiento en el estudio de la norma jurídico-legal, sin contexto político-social, ideológico y hasta jurídico-institucional.

C) La sobrevaloración de la técnica jurídica que llega hasta rectificar las expresiones "Municipio legal, versus Municipio natural", "intereses peculiares", "recurso de alzada", etc., y su posible efecto en las "atribuciones" de la Entidad local.

B) EVOLUCION HISTORICA DE LA SITUACION DE LAS
ENTIDADES LOCALES EN EL PERIODO CONSTITUCIONAL
ESPAÑOL.

Nuestro estudio en este apartado será necesariamente sincrético de las posiciones más consolidadas que la doctrina de nuestro país haya alcanzado²⁹.

Como hemos visto anteriormente, la situación de las organizaciones territoriales locales en la Historia que arranca con la finalización de la Baja Edad Media y la consolidación de los Estados modernos, evidencia como éstas

D) La "iusprivatización" (soluciones técnico-jurídicas) de un tema radicalmente político e institucional: la organización espacial (Kelsen) del Estado".

Aceptando de partida tan notables precisiones metodológicas, hemos de poner de manifiesto la dificultad de su puesta en práctica dada la inexistencia de trabajos históricos suficientes en este sector, lo que nos obligará, en multitud de ocasiones, a cobijarnos en la "seguridad" de los postulados normativos, como acertadamente reconoce GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del municipio...*, cit., pág. 282.

²⁹.- Sin que abunden los trabajos sobre esta parte de la Historia de nuestro Derecho, no obstante pueden citarse los trabajos efectuados por GARCIA DE ENTERRIA, E., contenidos algunos de ellos en el libro *Revolución Francesa y Administración ...*, cit., que recopila los trabajos sobre "Turgot y los orígenes del municipalismo moderno" y "La configuración del régimen municipal francés de la Revolución a la Restauración", así como "Los fundamentos ideológicos del sistema municipal francés"; igualmente ha de ser reflejada la magnífica obra de POSADA, A., *Evolución legislativa del régimen local en España (1.812-1.909)*, I.E.A.L., Madrid, 1.982; GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del municipio ...*, cit.; GALLEGO ANABITARTE A., "Notas histórico-jurídicas ...", cit., "in totum"; SOSA WAGNER, F., *Manual de ...*, cit., págs. 32 a 44; PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Básico de la Administración Local*, Ariel, 1ª ed., Madrid, 1.988, págs. 11 a 89; GUIRADO CID, C., *El Alcalde en la legislación española*, 1ª ed., Trivium, Madrid, 1.991.

se encontraban subordinadas al poder político encuadrado en la organización estatal: el monarca³⁰.

Ante esta situación la reacción conceptual que tuvo lugar en la Revolución francesa conllevó la pérdida de la globalidad del poder por el monarca y su ocupación por la burguesía francesa, lo que no significa en absoluto, y de ello se encargaron los jacobinos³¹, la pérdida del monopolio del poder por el Estado en relación con los municipios, sino exclusivamente el cambio de su titular, del monarca a la Nación, con el mantenimiento, cuando no reforzamiento, de la organización centralizada propia del Absolutismo³².

³⁰.- Situación que TOCQUEVILLE, A. DE, *L'Ancien Régime et la révolution*, Flammarion, París, 1.989, pág. 137, describe en Francia a través de la pérdida paulatina de las libertades municipales con la abolición de las elecciones a los cargos locales (1.692), y las "fonctions municipales furent alors mises en offices, c'est-à-dire que le roi vendit, dans chaque ville, à quelques habitants, le droit de gouverner perpétuellement tous les autres". Llegando a puntualizar que durante el reinado de Luis XIV fueron vendidos a las ciudades, por siete veces, el derecho a elegir sus autoridades de gobierno. El motivo de esta actuación también parece claro, "les nécessités de nos finances, est-il dans le préambule de l'édit de 1.722, nous obligent à chercher les moyens les plus sûrs de les soulager".

³¹.- Resulta muy ilustrativo el estudio de los diversos movimientos que confluyeron en la Revolución francesa, desde los "girondinos" que pretendían la división territorial del poder del Estado entre los diversos municipios franceses (Constitución de 1.791 que no llegó a tener vigencia práctica), a la reacción centralizadora de los "jacobinos" que consiguieron configurar un modelo de articulación de poderes en el que todos ellos encajasen en los órganos del Estado, únicos representantes de la Nación, dejando a los municipios en una situación de cumplimiento de las funciones domésticas de los ciudadanos que los habitaban. Nos lo recuerda MARTINEZ MARIN, A., *Sistema Político-administrativo y Administración consultiva en Francia*, I.E.A.L., Madrid, 1.985, pág. 17, cuando señala cómo "los jacobinos eliminaron a los girondinos, quienes, en la dialéctica de la territorialidad del poder, representaban y defendían proyectos descentralizadores frente a la concentración mantenida por los primeros".

³².- Es importante a este respecto resaltar la posición defendida por GARCIA DE ENTERRIA, E., "La configuración del régimen municipal francés de la Revolución a la Restauración", incluido en la obra *Revolución Francesa y Administración...*, cit., pág. 108 y sgs, cuando afirma que el modelo francés se construye a partir de una supuesta realidad: la imposible puesta en práctica de las libertades a los municipios; que, a partir del contenido del artículo 49 del Decreto de la Asamblea Constituyente de 14 de diciembre de 1.789 que otorgaba competencias a los municipios en las funciones "propres au pouvoir municipal", llegaron, en palabras de GIERKE recogidas por este autor, "a la disolución del

Movimiento absolutista que, como ya hemos comprobado anteriormente, también acaeció en nuestro país con el reinado de los Austrias y su posterior intensificación con los Borbones, lo que significó el ocaso del poder de los órganos municipales en esta dialéctica *monarquía versus municipios*, pero no existió, por contra, un movimiento social tan profundo como el sufrido en la Revolución francesa; por ello es totalmente necesario cuestionarnos la conformación de las Entidades locales en la etapa inmediatamente posterior al régimen absolutista³³ y que tiene su punto de arranque en la Constitución de 1.812, para interrogarnos sobre si sufrió una modificación sustancial su configuración y "status" en relación con el resto de poderes institucionalizados en el ordenamiento jurídico.

Estado en un conjunto de repúblicas locales, a la pulverización del territorio francés en 40.000 repúblicas soberanas, tantas como Municipios, **puesto que cada uno intercalaba entre las normas o mandatos generales y la aplicación su propio arbitrio indomable**". Por lo que la reacción de los jacobinos se condensa en formulaciones normativas tales como que "los administradores de los entes locales <<no tienen ningún carácter de representación. Son agentes elegidos temporalmente por el pueblo para ejercer, **bajo la vigilancia y autoridad del Rey**, las funciones administrativas>> (artículo 2º)", llegando tajantemente a declarar que la Convención era el centro "**unique de l'impulsion du gouvernement** (artículo 1º de la sección 2ª de la Ley de 14 frimario del año II)".

Y concluye GARCIA DE ENTERRIA afirmando con rotundidad que "Se inicia de este modo un retorno de consecuencias decisivas al viejo sistema absolutista de una organización territorial cumplida por la técnica de la relación de dependencia con el centro de agentes singulares, al margen de la compacta, solemne y particularista organización autonomista local", pág. 115.

³³.- Y que nosotros iremos diferenciando entorno a las distintas etapas históricas acaecidas entre 1.812 a 1.936 por nuestra Historia contemporánea. Se podría haber utilizado otro criterio para esta labor de estudio histórico, como por ejemplo el de las distintas concepciones municipalistas, seguido por GALLEGO ANABITARTE, A., "Notas histórico-jurídicas", cit., pág. 270, y que subdivide a los distintos Ayuntamientos habidos a lo largo de este periodo en: "Ayuntamiento constitucional (1.812-1.820-1.836-1.854-1.868): Desorden revolucionario y milicias nacionales; Ayuntamiento moderado: desaparición de "democracia" civil y militar; Ayuntamiento de la Restauración: caciquismo y gobernador civil". No obstante, y como ya advertiremos posteriormente, no compartimos esta diversa tipología, sino que, al contrario, aceptamos una regulación mucho más "homogénea" y continuísta de las Entidades locales a lo largo de nuestro Derecho contemporáneo.

Y es que intentaremos acreditar, pues, cómo se puede afirmar que las Entidades locales se han caracterizado durante todo este período histórico como organizaciones administrativas y subordinadas al Estado se mantienen desde la Constitución de Cádiz al régimen franquista, en una línea homogénea de continuidad sólo quebrada en el período de la Dictadura de Primo de Rivera.

O dicho de otra forma, y empleando la terminología de Savigny, la confrontación histórica "*Estado versus Entidades locales*"³⁴, en el período constitucional estudiado, se puede afirmar, con rotundidad, que ha sido favorable al primero.

³⁴.- Parafraseando, con alguna manipulación y benévola intención, el título del libro de SAVIGNY, J. DE., *¿El Estado contra los municipios?*, I.E.A.L., Madrid, 1.978.

1º.- La importancia de los constituyentes gaditanos en la conformación de las Entidades locales contemporáneas.

La obra de las Cortes de Cádiz referida a los municipios se inicia con el Decreto LXXXII, de 6 de agosto de 1.811, que supuso la supresión de la variada organización de señoríos, seculares o eclesiásticos, con la consiguiente abolición del derecho de los nobles a nombrar todos los oficios municipales y la unificación de todos los municipios en un sistema común de provisión de cargos según se realizaba ya en "los pueblos de realengo"³⁵.

De esta forma este Decreto de 6 de agosto consagra una auténtica reestructuración política de los municipios, en cuanto establecía la elección de los oficios municipales en la totalidad de los pueblos³⁶.

³⁵.- Según señala GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del municipio...*, cit., pág. 235, este Decreto significa "el primer paso de la revolución burguesa porque atacó los poderes jurisdiccionales y territoriales de la nobleza", constituyendo realmente la incorporación al régimen común de más de la mitad de los pueblos españoles; aunque no por ello se desconozca su talante **moderado**, en cuanto no puso en peligro la propiedad de la tierra que continuó en manos de los señores.

³⁶.- Ya habíamos visto como la venta de los oficios municipales y su carácter permanente habían contribuido a la decadencia del municipio castellano a partir del reinado de los Austrias.

La importancia de esta reforma no puede pasarnos inadvertida por cuanto ésta era una las aspiraciones más sentidas por los ciudadanos de la época, tal y como parece desprenderse de la "Consulta al país" realizada por la Junta Central en 1.809³⁷, lo que, en palabras del arzobispo de Urgel en contestación a esta Consulta, debía significar que:

"A este fin, y para mayor bien de los pueblos y mejor administración de justicia, deberá extinguirse toda jurisdicción baronal y dominical de señoríos y vasallajes, así seculares de todas clases como de eclesiásticos de toda condición, (...), de modo que en todo el reino no quede ni siquiera un rastro de jurisdicción temporal que no sea real, ordinaria o delegada"³⁸.

Continuando con esta labor de reforma, la Constitución de 1.812 establece en su texto Ayuntamientos, "bajo reglas

³⁷.- No olvidemos que con la salida de Fernando VII de España se abre un periodo en el que al pueblo español, como señala CARRASCO CANALS, C., "El municipio en la Administración española del siglo XIX", R.E.V.L., n° 173, enero-marzo 1.972, pág. 74, le quedaban dos opciones: "o sentirse soberano o someterse al imperialismo francés. Los acontecimientos del 2 de mayo fortalecieron un nuevo sentimiento, "la unidad nacional", y se organizó la defensa por las Juntas provinciales"; éste fue el momento histórico en el que nació el constitucionalismo español como ruptura del Antiguo Régimen, no por motivos revolucionarios, sino por acontecimientos históricos **exógenos** al pueblo español.

En este momento la Junta Central acuerda preparar la convocatoria de Cortes, y pedir informes a diversas entidades públicas y privadas para conocer su voluntad respecto de las cuestiones que estas Cortes podrían tratar; dentro de las respuestas recibidas, y con la dificultad de su estudio en nuestra doctrina tal y como refleja GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del municipio...*, cit., pág. 214, se evidencia cómo las críticas al sistema municipalista del Antiguo Régimen se centran en la "venta de oficios y las jurisdicciones señoriales", pág. 223.

³⁸.- Recogida por GARCIA FERNANDEZ, J., cit., pág. 226.

fijas y uniformes"³⁹ en todos los pueblos con la finalidad de proceder a su **gobierno interior**⁴⁰ (artículo 309), a la vez que pone a éstos bajo la autoridad de las diputaciones provinciales, que estaban presididas por un órgano elegido directamente por el Rey: el Jefe político, al que corresponde el **gobierno político**.

Queda así reflejada la formulación de una técnica de control de las Entidades locales por parte del Estado sobre la base de incluirlas dentro del poder ejecutivo, en uno de sus niveles inferiores, y bajo la institución del Jefe político⁴¹; figura esta del Jefe político que se

³⁹.- ARGÜELLES, A. DE, *Discurso Preliminar...*, cit., pág. 115.

⁴⁰.- Expresión que ha de identificarse con la gestión de los asuntos económicos, tal y como parece desprenderse de la lectura de la Parte III, "El Gobierno de los pueblos" del *Discurso Preliminar a la ...*, cit., pág. 115, cuando señala cómo el objeto de los Ayuntamientos generalizados en toda la extensión de la monarquía sería:

*"fomentar por todos los medios posibles la prosperidad nacional, sin que los **reglamentos y providencias del Gobierno se mezclen** en dar a la agricultura y a la industria universal el movimiento y dirección que **sólo toca al interés de los particulares** (...), y jamás se ha introducido doctrina más fatal a la prosperidad pública que la que reclama el estímulo de la ley o la mano del Gobierno en las sencillas transacciones de particular a particular, en la inversión de los propios para beneficio común de los que cuidan, producen y poseen y en la aplicación de su trabajo y de su industria, **objetos de utilidad puramente local y relativa a determinados fines**".*

Palabras cargadas de todo el espíritu fisiocrático que parece animar a los redactores de nuestra Constitución gaditana, promoviendo el liberalismo y la no intervención del Estado en materias donde los particulares podrían participar, y ello frente al absoluto intervencionismo derivado de la concepción del Antiguo Régimen, tal y como resalta SANTANA MOLINA, M., *La Diputación Provincial en la España decimonónica*, cit., pág. 71.

⁴¹.- Que en palabras del ya clásico discurso del conde de Toreno en los trabajos de elaboración de la Constitución gaditana no significa sino que:

"El señor preopinante ha fundado todo su discurso en un principio, a mi parecer equivocado, cuando ha manifestado que los Ayuntamientos eran representantes de aquellos pueblos por quienes eran nombrados. Este es un error; en la nación no hay más representación que la del Congreso nacional (...). Los Ayuntamientos no son **más que unos agentes del poder ejecutivo para el gobierno**

constituyó en la precursora de la institución del Gobernador Civil y de su tradicional función de órgano de control de la actuación de las Entidades locales por el Estado⁴².

Además esta Constitución presenta para nuestro trabajo un importante elemento de reflexión. Y que nos permitirá en este momento **inducir** una conclusión básica, la situación de la capacidad normadora de las Entidades locales va a ser la traducción directa de su situación respecto del Estado; es decir, la cualidad subordinada y marginal de la función normativa local se deducirá de la correspondiente posición de estas entidades respecto del Estado, pues en ella expresamente se señala la posibilidad de los Ayuntamientos de redactar normas jurídicas, "*Ordenanzas municipales del pueblo*", pero ello siempre con la posterior aprobación de las Cortes⁴³.

económico de los pueblos; pero (...) se prefiere que estos agentes sean escogidos por sus propios vecinos, en la persuasión de que desempeñarán mejor su cargo y corresponderán a la confianza que los ha distinguido (...). Las Cortes y el rey son dos poderes supremos de la nación: éstos tienen respectivamente sus dependencias, y los Ayuntamientos son esencialmente subalternos del poder ejecutivo; de manera que sólo son un instrumento de éste, elegidos de un modo particular, por juzgarlo así conveniente al bien general de la nación; pero al mismo tiempo para alejar el que no se deslicen y propendan insensiblemente al federalismo, como es natural tendencia, se hace necesario **ponerles el freno del jefe político**, que nombrado inmediatamente por el rey, los tenga a raya, y conserve la unidad de acción en las medidas del Gobierno. Este es el remedio que la Constitución, pienso, intenta establecer para apartar el federalismo, puesto que no hemos tratado de formar sino una nación sólida y única"; citado por GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del ...*, cit., págs. 262 y 263.

⁴².- En contra GALLEGO ANABITARTE, A., "Notas histórico-jurídicas sobre...", cit., pág. 273, por cuanto considera que el Gobernador civil "es una autoridad administrativa que por sus enormes prerrogativas se puede calificar de nueva".

⁴³.- Aunque como ha puesto de manifiesto EMBID IRUJO. A., *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, IEAL, Madrid, 1.978, pág. 81, esta capacidad normativa estaba ciertamente restringida, dado que estas Ordenanzas debían redactarse por los Ayuntamientos y luego "**presentarlas a las Cortes para su aprobación por medio de la diputación provincial, que las acompañará con su informe**", de forma que se establecía así un control por las Cortes de las normas

Respecto de sus competencias para "el gobierno interior de los pueblos", éstas vienen señaladas para los Ayuntamientos en el artículo 321⁴⁴, y en el 325 para las Diputaciones, en listas cerradas y tasadas, precisadas con posterioridad en el Decreto de 23 de junio de 1.813 que aprueba la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias; Instrucción en la que se pretende consolidar los mecanismos necesarios para subordinar estas Entidades al control del Jefe político, incluso mediante el recurso de alzada⁴⁵, de manera que sería éste la

locales, porque, en definitiva, eran ellas quienes debían aprobarlas. Esta interpretación del contenido normativo citado también se deduce si se contrasta con la lectura de ARGÜELLES, A., DE., "Discurso Preliminar a ...", cit., pág. 119, cuando en el apartado referido al "gobierno de las provincias" señala que *"Tampoco debe mirarse como expuesta a abusos la facultad de proponer arbitrios para objetos de utilidad común de la provincia. La independencia de los vocales de las diputaciones, su arraigo y amovilidad sería bastante a precaver un daño irreparable, cual serían las derramas y repartos de los pueblos en perjuicio de sus intereses. Mas en todo caso, no pasando sus propuestas de la línea de proyectos, las Cortes al examinarlos atajarán el mal en su origen"*.

Todo lo cual nos permite aceptar con EMBID IRUJO, A., cit., pág. 84, que esta función de las Cortes no otorgaba valor "formal" de ley a las normas así aprobadas, sino que la intervención de las Cortes obedecía a la voluntad de los redactores de esta Constitución de ser el centro de cualquier actuación pública, incluida la normativa, para acabar con las estructuras del Antiguo Régimen y garantizar la posición de la burguesía como clase detentadora del poder. De esta forma ello no sería sino la aplicación estricta del dogma de que sólo las Cortes legislan.

⁴⁴.- Como pone de manifiesto GARCIA FERNANDEZ, J., cit., pág. 273, después de un estudio de los debates de esta Constitución se desprende que todo el artículo 321 se aprobó sin ninguna discusión importante, lo que achaca este autor a la "ideología preponderantemente centralista de la mayoría de los diputados liberales, que, una vez aceptada la subordinación del municipio al poder ejecutivo, no tenían el menor interés de plantear, en su mayoría, un modelo de distribución de competencias"; competencias que, por otra parte, este autor asimila a las que ya atribuía la Novísima Recopilación a los Consejos municipales, pág. 279.

⁴⁵.- Así se desprende claramente del contenido del artículo XVIII, Capítulo I, cuando establece que "si algún vecino se sintiere agraviado por providencias económicas ó gubernativas dadas por el Ayuntamiento ó por el alcalde, sobre cualquiera de los objetos que quedan indicados, **deberá acudir al Jefe político**, quien por sí oyendo á la Diputación provincial cuando lo tuviere por conveniente, resolverá gubernativamente toda duda, sin que por esos recursos se exija derecho alguno".

"máxima autoridad local"⁴⁶ y ello siempre bajo la dirección del Gobierno del Reino, de tal forma que "la instancia municipal sirva perfectamente de terminal en todo el territorio nacional"⁴⁷.

Así se vinculaban las estructuras locales, en una relación de jerarquía⁴⁸, con los órganos centrales del Estado, para lo cual se las incluía dentro de su **función ejecutiva**⁴⁹. Afirmando con rotundidad Morell Ocaña que los municipios estaban "al margen del sistema representativo, concretamente en el marco del Poder ejecutivo del Estado, donde queda incardinada la Administración local y, consecuentemente, el Ayuntamiento"⁵⁰.

⁴⁶.- Dado que sería el presidente de la Diputación y órgano de control y resolución de las controversias a nivel municipal, lo que evidencia lo acertado de la expresión constitucional del mismo como "jefe superior" que desarrollará "el gobierno político de las provincias", art. 342 de la Constitución.

⁴⁷.- Según manifiesta PAREJO ALFONSO, L, *Derecho básico...*, cit., pág. 32.

⁴⁸.- Tal y como destacan GUIRADO CID, C., *El Alcalde en la legislación...*, cit., pág. 32 y GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del municipio...*, cit., pág. 266; opiniones que no comparte PAREJO ALFONSO, L, *Derecho Básico...*, cit., pág. 32, al considerar que se debe diferenciar la posición del Ayuntamiento y la del Alcalde, mientras aquél no estaría subordinado jerárquicamente, y por tanto tampoco el municipio, éste sí lo estaría (y ello dado que dependía directamente del Jefe político). No obstante consideramos que esta interpretación no parece dar suficiente relevancia a la figura del Alcalde dentro del conjunto de miembros que conforman el Ayuntamiento: si aquél estaba jerárquicamente subordinado al Jefe político, esta dependencia sería extrapolable a la posición del propio Ayuntamiento; máxime cuando aún en el ejercicio de las funciones para el cumplimiento de los intereses privativos estaba el Ayuntamiento bajo inspección de la Diputación Provincial, presidida por el Jefe político.

⁴⁹.- La intervención del conde de Toreno en las Cortes de Cádiz no puede ser más demostrativa de esta voluntad constituyente (vid. **not. 40** de este Capítulo); siendo éste uno de los puntos de debate entre los diputados que sostenían la concepción expresada por el conde de Toreno, que eran la mayoría, y los que defendían una configuración más autonomista, los diputados del grupo americano, que concebían a municipios y provincias como entidades políticas representativas de los vecinos.

⁵⁰.- MORELL OCAÑA, L., "La concepción del Ayuntamiento en la evolución del Derecho público contemporáneo", en *Libro homenaje al profesor Jose Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1.989, pág. 803; y ello al considerar que el municipio surgido de la Constitución gaditana no era en modo alguno representativo de la

De esta forma los municipios desempeñarían la función de órganos ejecutores de la política diseñada por el Gobierno dado que éste carecía de administración periférica, estando pues incardinados en la Administración del Estado para la gestión de los asuntos generales, y actuando, poco más o menos, como una persona particular en lo relativo a la gestión de sus intereses respectivos.

Situación que puede ser calificada como la línea caracterizadora de la casi totalidad de las construcciones jurídicas, constitucionales y legislativas, referidas a las Entidades locales habidas con posterioridad. De ahí la transcendencia de esta regulación constitucional⁵¹: incardinación en la función ejecutiva, para el cumplimiento de funciones meramente administrativas⁵² y subordinación a

colectividad de ciudadanos, sino que "el cauce electoral es simplemente un instrumento para la designación de quienes compongan el Ayuntamiento", puesto que la única representación posible era la que se realizaba a nivel nacional en las Cortes.

⁵¹.- Por constituir, en palabras de POSADA, A., *Evolución legislativa...*, cit., pág. 102, de esta forma el tránsito del Antiguo al Nuevo Régimen en materia de la organización política de los poderes, y, en concreto, con el posicionamiento de las Entidades locales en esta nueva experiencia político-jurídica: subordinados al Estado, nunca rivales en la escena política e incluidos en la función administrativa, exclusivamente.

Frente a esta opinión se alza GALLEGO ANABITARTE, A., "Notas histórico-jurídicas sobre ...", cit., págs. 269 y sgs., considerando que esta conclusión obedece a la ausencia de un estudio de los condicionantes económicos de la época, así como de los elementos históricos del Antiguo Régimen que encuentran también acogida en esta regulación constitucional: "como si la organización administrativa surgiese radicalmente nueva en Cádiz, tal como Júpiter de la cabeza de Minerva, olvidando la realidad de siglos de tradición".

⁵².- No resultará por tanto sorprendente que los preceptos de esta Constitución sobre las funciones municipales o provinciales no sean consecuencia de ninguna opción sobre el reparto de competencias, lo que, como apunta GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del municipio...*, cit., pág. 277, puede significar que todas ellas son ejercidas "en interinidad pues nada impide que el jefe político llegue a intervenir en mayor o menor medida", o bien el Gobierno si considera que esas funciones son necesarias para el interés general, apuntamos nosotros.

los órganos centrales del Estado a través de la institución del Jefe político; subordinación además que se puede precisar cómo de carácter "jerárquico" en cuanto que, tanto el Alcalde como el Ayuntamiento dependían de la Diputación, y ésta, a su vez, lo estaba del Jefe político⁵³.

La importancia de la construcción gaditana es resaltada también por García-Trevijano cuando considera que "las Cortes de Cádiz colocaron los jalones básicos sobre los que se asentarán todos los proyectos y textos posteriores referentes a la cuestión local⁵⁴".

⁵³.- Y ello por cuanto el Presidente de la Diputación lo era el Jefe político, de manera que debía cuidar que en la misma se guardase "el mayor orden en el modo de tratarse los negocios; que esta desempeñe sus obligaciones y encargos; y que se reúna en las épocas que ya están indicadas, ó, en que lo exijan los negocios, ó bien la necesidad de tratar de alguno en particular que ocurra en la provincia, o se encargue por el Gobierno, siempre que sea de la naturaleza de aquellos en que el consejo y la intervención de la Diputación sean requeridos por las leyes o reglamentos, ó por la conveniencia pública à juicio del mismo Jefe" artículo XIV del Capítulo III de la Instrucción de 1.813 ya citada; además era competente para la resolución de los recursos de Alzada contra las actuaciones del Alcalde y del Ayuntamiento, artículo XVIII del Capítulo I, y podía enviar las órdenes que considerase oportunas, que el Alcalde se encargaba de comunicar al Ayuntamiento para su conocimiento y publicación, artículo XIX, del Capítulo I.

De esta forma se opta, en terminología actual, por una categoría conceptual de relaciones interadministrativas en las que el control del Estado sobre los municipios es calificado cómo de dependencia jerárquica. Ello es debido a la amplitud del grado de control ostentado por el Jefe político sobre los Alcaldes, de tal forma que la "voluntad" de la actuación de las Entidades locales no era sino la **impuesta** por las entidades superiores Estado.

⁵⁴.- GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A., "La Autonomía municipal: Aprobaciones y procedimientos bifásicos en el Ordenamiento español", *R.D.Pr.*, septiembre, 1.966, pág. 748, llegando este autor a considerar que la obra de los constituyentes gaditanos instauró los siguientes principios en el régimen local:

"a) Por encima de la vida local está la vida nacional que comporta necesidades generales no localizables o difícilmente al menos.

b) La desintegración medieval se mantuvo durante el absolutismo, por lo que precisa reaccionar y conseguir la integración. En efecto, la lucha durante el antiguo régimen se establecía entre excentralización y ordenación del Estado a la moderna. Aquélla se suprime cuando tengamos un pluralismo ordenado, es decir, integrado".

Resultando necesario para este autor diferenciar entre los conceptos de "descentralización" y "excentralización"; para que se pueda hablar de la primera

Todo lo cual ha llevado a Guillamón Alvarez a señalar que en nuestro Derecho histórico "no puede hablarse de poder municipal, sino de administración local" como consecuencia de la concepción del municipio como "el fin de una cadena administrativa"⁵⁵.

Esta situación, después de los vaivenes constitucionales de Fernando VII⁵⁶ y pese a la influencia notoria que los Ayuntamientos tuvieron en su "leal" declaración de 1820⁵⁷, no se modifica en gran medida en la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias de 1.823 en la que se consagran los instrumentos de control jerárquico que ya hemos reseñado⁵⁸.

resulta necesario que tengamos primero un centro de referencia, y, a partir de él, podamos determinar las instancias descentralizadas; para que se pueda hablar de la segunda, la excentralización, resultará necesario que se postule la inexistencia de ese centro y, por tanto, no existirá una distribución competencial entre el Estado -que representa el centro- y los Entes locales.

⁵⁵.- GUILLAMON ALVAREZ, F., "La Administración municipal ...", cit., pág. 836; expresión que este autor obtiene de COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo español*, tomo I, Madrid, 1.850, pág. 62.

⁵⁶.- Que inmediatamente que retornó al absolutismo restauró la situación anterior a la obra de los constituyentes gaditanos, con la supresión de los Ayuntamientos creados y los Alcaldes nombrados, restaurando en su puesto a los oficios anteriormente existentes, "tanto en los pueblos Realengos, como en los de Ordenes, Abadengo y Señorío", Real Cédula de 30 de julio de 1.814.

⁵⁷.- En este sentido nos recuerda MORELL OCAÑA, L., "La concepción del Ayuntamiento...", cit., pág. 804, que "desde la perspectiva real" los Ayuntamientos constituyeron expresión de una personificación de las colectividades locales y sirvieron de instrumento de canalización de los intereses de las mismas, hasta el punto de dejar en un segundo plano la dimensión administrativa para magnificar su función representativa en la lucha política de nuestro país, particularmente intensa en la preparación del levantamiento de Riego en Cabezas de San Juan.

⁵⁸.- Así se expresa la generalidad de la doctrina, RIVERO YSERN, J.L., *Manual de Derecho local*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1.993, pág. 23; GUILLAMON ALVAREZ, F.J., "La Administración municipal en la Edad moderna", R.A.P., nº 248, octubre-diciembre 1.990, pág. 835; llegando GUIRADO CID, C., *El Alcalde...*, cit.

Y es que en esta Instrucción se reafirman con total rotundidad los conceptos de **gobierno interior**, que se otorga al Ayuntamiento, y **gobierno político**, que se residencia en los Alcaldes bajo el control jerárquico del Jefe político. El sistema que se instaura, como señala Santana Molina consiste en la "interacción de cuatro elementos constitutivos: el Alcalde y Jefe político de un lado, como órganos gubernativos y ejecutivos, y la Diputación y el Ayuntamiento, como órganos de carácter representativo y deliberante"⁵⁹.

Este sistema parece responder a la construcción napoleónica de la Administración, puesto que los órganos que actúan son monocráticos y subordinados jerárquicamente: Jefe político y Alcalde, y los órganos colegiados ostentan un papel de asesoramiento y consejo de aquéllos, ocupando la Diputación una posición de superioridad jerárquica sobre los Ayuntamientos⁶⁰.

pag. 38, al señalar que "Si en la legislación de Cádiz el Alcalde se delimita con bastante nitidez como agente del Poder central, dependiente del Jefe Político, en una línea que desciende ininterrumpidamente desde la cúspide del Ejecutivo del Estado, **este carácter se encuentra más claramente definido en la Instrucción de 1.823**".

⁵⁹.- SANTANA MOLINA, M., *La Diputación provincial...*, cit., págs. 100 y 101.

⁶⁰.- GARCIA-TREVIJANO Y FOS, J.A., "Articulación Estado-Entes locales", cit., pág. 327, señala además que esta Instrucción tenía "un sentido paternalista entre el despotismo ilustrado y el doctrinarismo liberal", por ello se encuentran elementos de una profunda centralización, con elementos de potenciación de la figura del Alcalde en materia de orden público, así como de los Ayuntamientos en cuanto se hiziese referencia a materias "económico-administrativas".

2º.- El período isabelino como continuación de la construcción gaditana en materia local.

La regulación normativa expuesta permanece durante el período isabelino, incluyendo en éste la etapa de la Regencia, a través del Real Decreto de 23 de julio de 1835 para el arreglo provisional de los Ayuntamientos, con la salvedad de imponer un severo sistema de elección censitario de los miembros del "cuerpo municipal", y denominar al Jefe político con una terminología distinta, Gobernador Civil, pero sin modificar en absoluto sus funciones⁶¹.

De esta forma se produce un incremento de la dependencia del Ayuntamiento respecto del Estado, a través de la figura del Gobernador Civil, y una más absoluta posición de "despolitización" de los Ayuntamientos⁶² hasta

⁶¹. - Que se ven afianzadas en cuanto no sólo es el superior jerárquico del Alcalde, sino que incluso controla directamente la actuación del Ayuntamiento en aquellas actividades más significativas: presupuestos, obras y establecimientos públicos, disposición sobre bienes, creación o supresión de arbitrios municipales, puesto que en tales materias cualquier acuerdo debía aprobarlo el Gobernador Civil previa proposición de los Ayuntamientos e Informe de las Diputaciones, artículo 48, punto 7º, del Real decreto de 23 de julio de 1.835, en relación con el artículo 27 del Real decreto de 21 de septiembre.

⁶². - Con la finalidad indicada por GUIRADO CID, C., *El Alcalde en ...*, cit., pág. 55, de tratar de impedir la repetición de su activa participación en la vida política española a través de las Juntas y la Milicia Nacional; potencialidad de actuación de las Entidades locales que se tuvo ocasión de

el punto de prohibírseles expresamente⁶³:

"Deliberar, ni hacer por sí, ni prohiar, ni dar curso a exposiciones sobre negocios políticos, ni acordar medidas, ni otorgar peticiones algunas en semejantes materias, todo bajo pena de perder sus cargos y de la responsabilidad que haya lugar con arreglo a las leyes".

La importancia de esta regulación descansa no en su aplicación práctica, sino más bien en servir de **reacción normativa** frente a una **situación real** de participación de los municipios en la vida política española de la época, reacción que supuso la implantación de un modelo local menos participativo aún, y más fuertemente controlado por el Estado.

No modificó para nada esta situación el contenido de la Constitución progresista de 1.837 que se limita a reiterar la existencia de Diputaciones provinciales y Ayuntamientos, dejando en manos de legislador la

comprobar inmediatamente en el verano de 1.836 con el movimiento revolucionario que restauró la Constitución de 1.812, la legislación de Cádiz y el trienio liberal.

⁶³.- Contenido del artículo 61 del citado Real Decreto; mientras que respecto de las Diputaciones el artículo 24 del Real decreto de 21 de septiembre de 1.835 las ordenaba que no podían *"mezclarse por sí en ningún otro negocio ageno a su instituto"*, con una clara finalidad de exluirlas de toda actividad política.

determinación detallada de su "organización y funciones"⁶⁴, aunque estuviese ahora en vigor la normativa contenida en la Instrucción de 1.823 como consecuencia de la revolución de 1.836⁶⁵.

Esa regulación constitucional fue completada por la Ley municipal de 14 de julio de 1.840, que no tuvo una vigencia sosegada por el hecho de incorporar en su primitivo texto que la elección de los Alcaldes correspondía al Rey, en las capitales de provincia, y, en el resto, el nombramiento correspondía al Ayuntamiento. Esta regulación ocasionó el movimiento revolucionario de 1.840 que dejó sin aplicación esta ley hasta su restauración en 1.843, previa modificación del sistema de elección que ahora sería directo por los vecinos.

Respecto de las competencias de los Ayuntamientos y las Diputaciones, se restringe enormemente el número y calidad de sus funciones "privativas", quedando en el resto de materias en una labor de mera deliberación, residenciándose la competencia de la aprobación en el Jefe político.

⁶⁴.- Tal y como señala su artículo 71. Desarrollo normativo que, en parte, fue llevado a cabo por la Ley municipal de 14 de julio de 1.840 que, tras diversas vicisitudes, fue publicada en 1.843, con ella se pretende dar inicio a una nueva organización de la "administración del reino", de manera que los ayuntamientos se mantuviesen como encargados de la realización de un conjunto de funciones necesarias para sus vecinos: policía urbana y rural, conservación de calles y caminos, administración de bienes de propios; pero sin que en ningún caso pudiesen "deliberar sobre otros asuntos que los comprendidos en la presente ley; ni hacer por sí, ni pohijar, ni dar curso á exposiciones **sobre negocios políticos**; como tampoco acordar medidas ù otorgar peticiones en semejantes materias" (artículo 68).

⁶⁵.- Así lo dispone el artículo 1º de la Ley de 15 de octubre de 1.836 relativa al Gobierno-político de las provincias.

Resulta interesante cuestionarse si esta "aprobación" del Jefe político hace referencia también a las ordenanzas para que existiesen en el orden jurídico -validez-; o, por el contrario, supone un requisito para su eficacia.

La respuesta no parece clara del tenor del texto, artículo 63: *"Es cargo de los ayuntamientos deliberar conforme á las leyes y reglamentos (...). Las deliberaciones sobre cualquiera de estos puntos se comunicarán al gefe político de la provincia para su aprobación, como requisito indispensable para que sean ejecutorias"*.

Esta regulación normativa puede ser explicada a la luz del contenido del Real decreto de julio de 1.835 en el que en el artículo 48, regla 7ª, se establecía la facultad de los ayuntamientos de "Proponer al Gobernador civil de la provincia lo que estime conveniente", propuestas que debían ser informadas por la Diputación, con lo que la resolución definitiva parece debiera corresponder al Gobernador civil; este elemento interpretativo histórico conduce, junto con la propia configuración del sistema jurídico local, a la conclusión de que ésta también pudiera ser la respuesta a la regulación de la adopción de acuerdos municipales en la Ley municipal de 1.837.

La relación de dependencia jerárquica de las

instituciones locales respecto de las estatales se reitera en la Constitución de 1.845, y en las leyes municipal y provincial de ese mismo año, dado que el Alcalde, no solamente es declarado formalmente como "*delegado del gobierno*", sino que además se encuentra "*bajo la autoridad inmediata del Jefe político*"⁶⁶, a la vez que los Ayuntamientos quedaban subordinados a las Diputaciones y éstas al representante del Gobierno, el Jefe político. Igualmente se enmarca estas reformas en la búsqueda de la "apoliticidad" y carácter administrativo de los municipios y provincias⁶⁷.

Ni tan siquiera la Ley municipal de 5 de julio de 1.856, fruto del golpe de Estado del general O`Donnel, única ley elaborada y aprobada por unas Cortes enteramente progresistas, significó alguna modificación en la concepción de los Ayuntamientos y las Diputaciones como entes administrativos y subordinados jerárquicamente al Estado.

De esta forma se expresan con claridad los artículos 124:

⁶⁶.- Artículo 73 de la Ley de organización y atribuciones de los Ayuntamientos de 8 de enero de 1.845.

⁶⁷.- Como nos recuerda GUIRADO CID, C., *El Alcalde en ...*, cit., pág. 99, vuelve a reiterarse, esta vez en el artículo 85, la prohibición de los Ayuntamientos de "*deliberar sobre más asuntos que los comprendidos en la presente ley, ni hacer por sí, ni prohiar, ni dar curso a exposiciones sobre negocios políticos*". Y es que, como señala GARCIA TREVIJANO-FOS, J.A., "*La Autonomía municipal...*", cit., pág. 748, esta ley de 1.845 es "netamente doctrinaria, plasma el ideal de esta tendencia liberal limitada".

"Los Ayuntamientos son corporaciones económico-administrativa, y no pueden ejercer otras funciones ni actos políticos, que los que las leyes expresamente les señalen",

y 238:

"Los Ayuntamientos, los Alcaldes y los Regidores, en todos los asuntos que la ley no les comete exclusiva é independientemente⁶⁸, están bajo la autoridad y dirección administrativa⁶⁹ de la Diputación y del Gobierno de la provincia según los casos"

⁶⁸-. Y que, a tenor de los artículos 124 y 125, serían inmediatamente ejecutivos. haciendo referencia básicamente a la administración de los bienes comunes y de propios, así como a la conservación de los bienes de uso público tales como caminos, veredas, puentes, fuentes...; por lo que la subordinación jerárquica a la Diputación y al Gobernador Civil era amplia y efectiva.

⁶⁹.- Por ello no nos debe extrañar el contenido del artículo 239 de esta Ley que obliga a los Ayuntamientos a cumplir y a no suspender "lo dispuesto por sus superiores gerárquicos dentro de la esfera de sus atribuciones", pudiendo en caso de no estar de acuerdo acudir en queja ante el Gobierno y, posteriormente, ante las Cortes"; situación que fue explicada por el Ministro DE LA ESCOSURA, citado por GUIRADO CID, S., cit., pág. 116, al señalar que "las atribuciones políticas son **propias** de las Cortes en la legislación y del Gobierno en la ejecución".

3º.- La intrascendencia del período revolucionario y la Restauración.

En la Ley de 1.870, fruto del movimiento revolucionario de 1.868, no se pretendió modificar esta situación de las Entidades locales pues, como ha advertido García-Trevijano, entre los textos de 1.845 y la Ley de 1.870, "hay diferencia, en orden a elecciones sobre todo, pero **nadie discute la tutela o interferencia estatal en cuanto axioma**; se discutirán detalles. Los revolucionarios no plantearon de raíz el problema esencial del régimen local. Este queda sometido, siempre, a la esfera central⁷⁰".

Unicamente se puede citar, como nota disonante, el proyecto de Constitución Federal de 1.873 que pretendió dotar a las Entidades locales de una posición **política** extramuros de cualquier subordinación al poder estatal (como ejemplo más evidente puede referirse su incardinación como uno de los "Poderes Públicos" junto al legislativo, ejecutivo y judicial).

En este proyecto de Constitución federal en su Título

⁷⁰.- GARCIA TREVIJANO-FOS, J.A., "La Autonomía local: aprobaciones ...", *cit.*, pág. 748.

III, "De los Poderes Públicos", se regulaban los distintos "organismos políticos" que debían ejercer la soberanía, que "reside en todos los ciudadanos", añadiéndose en el artículo 43 que estos organismos eran: "*El municipio. El Estado regional. El Estado federal o Nación*", cada uno de los cuales gozaban de "soberanía" a la vez que se producía un reconocimiento recíproco de todos ellos: "*el Municipio reconoce los derechos del Estado, y el Estado los derechos de la Federación*"

No obstante la fugacidad de la I República impidió poner en práctica tales declaraciones, y es que, una vez más, la Constitución de 1.876, de parca regulación de este tema pues sólo emplea tres artículos, se remite al legislador ordinario para la concreción de la organización y régimen jurídico de los municipios y provincias; aunque, eso sí, hace una referencia expresa a las facultades de Ayuntamientos y Diputaciones para el "*Gobierno y dirección de los intereses peculiares de la provincia o del pueblo*", sin que ello pudiera suponer ningún "*perjuicio de los intereses generales y permanentes*" (artículo 84, apartados 1º y 3º).

El desarrollo legislativo al que se remitía el texto constitucional, Ley municipal de 1.877, supone un reforzamiento de la posición del Jefe político, también denominado Gobernador Civil, respecto del Alcalde y resto de los miembros del Ayuntamiento por medio del mantenimiento del recurso de alzada y del resto de

controles jerárquicos de aquél sobre todos éstos⁷¹, hasta el punto de expresar tal dependencia en el propio texto de la ley, artículo 179, en una dicción que tampoco no es desconocida⁷²:

"Los Ayuntamientos, los Alcaldes y los Regidores, en todos los asuntos que la ley no les comete exclusiva é independientemente⁷³, están bajo la Autoridad y dirección administrativa del Gobernador de la provincia. El Ministro de la Gobernación es el Jefe superior de los Ayuntamientos, y el único autorizado para transmitirles las disposiciones que deban ejecutar en cuanto se refiera á las atribuciones exclusivas de estas Corporaciones."

⁷¹.- De esta forma resulta muy ilustrativo reseñar cómo la facultad normativa de los municipios no era eficaz sino hasta después de haber conseguido la aprobación del Gobernador, y en caso de insistencia del Ayuntamiento en su aprobación, contra la opinión de aquél, sería el Gobierno quien debiera resolver, artículo 76 de la Ley municipal de 1.877; puesto que, en definitiva, se continúa manteniendo al Alcalde, y a través de éste a la totalidad del Ayuntamiento, en una relación de subordinación jerárquica como expresa el artículo 112 de esta Ley al establecer las competencias del Alcalde se encuentra la de *"Cuidar, bajo su responsabilidad, de que se cumplan por el Ayuntamiento las leyes y disposiciones de sus superiores jerárquicos"*. Como ha puesto de relieve GARCIA-TREVIJANO FOS, "La Autonomía local: ..., cit., pág. 748, "El sometimiento de las entidades municipales a la alzada gubernativa jerarquizaba la estructura administrativa española", y hasta que este recurso no desaparece no puede hablarse de "la verdadera descentralización autonómica", pues hasta entonces no sería sino una desconcentración: "No debe extrañarnos que los vocablos se utilizaran durante el siglo XIX con notoria diferencia respecto del significado que hoy día les damos. La palabra "descentralización" se vino utilizando como sinónima de desconcentración".

⁷².- Y es que el artículo 238 de la Ley municipal de 1.856 contenía un texto similar al citado.

⁷³.- Se podría argumentar, en contra de lo manifestado por nosotros, que la dependencia jerárquica del Ayuntamiento sólo existiría en materias de competencia estatal, pero ha de advertirse que la supuesta "excepción" opera exclusivamente en asuntos en los que esta ley "les comete **exclusiva é independientemente**", y si se estudia el clausulado competencial de la misma, artículos 72, 73 y 75, se descubre que difícilmente cualquiera de ellas puede ser calificada como "exclusiva é independiente", máxime cuando el mismo artículo 179, en su párrafo segundo, destaca que incluso en estas materias el Ministro de la Gobernación puede *"transmitirles las disposiciones que deban ejecutar"*.

De esta forma se vuelve a reiterar el carácter administrativo de las Entidades locales, como consecuencia de que "el orden político es exclusivo del poder superior que forma las leyes"⁷⁴; resultando particularmente significativo que se califique al municipio, cómo ya se había relatado en la Ley municipal de 1,870, como "asociación legal" (artículo 1º):

"Es Municipio la asociación legal de todas las personas que residen en un término municipal"

Y es que, como señala Morell Ocaña, a partir de la época de la Restauración se produce un cambio significativo en la configuración de los municipios a las que se reconoce una autonomía institucional, derivada de la concepción iusfilosófica de admitir la existencia de grupos sociales de signo diverso entre el individuo y la Nación⁷⁵.

Así este autor señala cómo en esta época se acepta sin dificultad el carácter natural del municipio y su legitimación, no en la delegación de facultades realizadas por los órganos centrales (únicos detentadores de la legitimación de la nación entera), sino en representación de la colectividad local.

⁷⁴.- Citado por GUIRADO CID, ..., *cit.*, pág. 137, y que hace referencia a una expresión utilizada por la Comisión que elaboró el proyecto de esta Ley municipal.

⁷⁵.- MORELL OCAÑA, L., "La concepción del Ayuntamiento...", *cit.*, pág. 812.

4º.- La Dictadura de Primo de Rivera: un cambio normativo significativo.

Entendemos que es en este período histórico, y curiosamente en una dictadura política, cuando se construye por primera vez en nuestro ordenamiento un modelo normativo de garantía de la función política de las Entidades locales, pues no solamente los Estatutos Municipal y Provincial se limitan a la definición de los principios inspiradores de un marco teórico de actuación de éstas, sino que también consagran un conjunto de instrumentos jurídicos para la defensa, incluso en sede judicial, de tales principios.

En este sentido se expresa la Exposición de Motivos del Estatuto municipal de 8 de marzo de 1.924 cuando establece como

"El Estado, para ser democrático, ha de apoyarse en Municipios libres (...), porque para reconstruirlo sobre cimientos sólidos no basta demoler caducas organizaciones, secularmente acogedoras del feudalismo político; necesitase, además, oxigenar la vida municipal, dando a las Corporaciones locales aquella dignidad,

aquellos medios y aquel alto rango que les había arrebatado una concepción centralista primero, un perverso sistema de intromisión gubernativa, más tarde".

Las ideas están muy claras, así como la voluntad del legislador de reforzar las posiciones autonomistas locales porque *"cuando los pueblos sean enteramente libres para darse sus administradores, sabrán escoger los más aptos", principio de responsabilidad propia de los ciudadanos; "cuando los administradores municipales sean personal e inmediatamente responsables de su gestión, tendrán que comportarse con celo y probidad", principio de responsabilidad patrimonial.*

De esta forma se produce una radical modificación de la situación institucional de las Entidades locales respecto del Estado que, por primera vez en nuestra historia contemporánea, no es de subordinación, sino de responsabilidad propia en el ejercicio de sus funciones públicas (con la consiguiente supresión de todo tipo de controles⁷⁶), fundado en su legitimidad democrática⁷⁷, y

⁷⁶.- Supresión que era considerada como un elemento esencial para la construcción de las Entidades locales en el panorama de los poderes públicos de nuestro Estado, "En un régimen centralizado, todos los acuerdos municipales **pueden ser revocados por la Autoridad gubernativa**, que resulta así superior a los Ayuntamientos, y a éstos se les convierte en **simple rueda del engranaje administrativo del Estado**. En un régimen autonomista, por el contrario, las Autoridades gubernativas deben carecer de la menor facultad respecto a la vida municipal; consiguientemente, los acuerdos de los Ayuntamientos sólo podrán ser impugnados ante el Poder judicial, supremo definidor del derecho conculcado, en todos los órdenes" (de la Exposición de Motivos del Estatuto municipal, apartado quinto).

Adviértase la polaridad introducida en esta manifestación voluntarista del legislador al contraponer los conceptos de "centralización-autonomía", y no, lo

con una actuación autónoma para "el gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos"⁷⁸, pudiendo los Ayuntamientos defender el contenido de la autonomía local frente a las actuaciones normativas del Gobierno "que estimen atentatorias al régimen de autonomía municipal mediante la interposición del recurso de "abuso de poder"⁷⁹ ante los Tribunales de lo contencioso.

Resulta esta una novedad normativa de una gran importancia pues supone quebrar el modelo de relaciones instaurado, desde la Constitución de 1.812, entre las Entidades locales y el Estado; por primera vez aquéllas pueden oponerse, jurídicamente, a las concepciones políticas del Estado, para lo cual tenemos que aceptar que han dejado de tener una posición de subordinación

que, en principio, podría parecer más fácil de asumir, "centralización-descentralización"; ¿quizás ello debido a la radical modificación de la situación de las Entidades locales?, no se pugna por su descentralización (en la función administrativa), sino por su autonomía (en sede política de organización de los poderes políticos territoriales).

⁷⁷.- Así se subraya en el apartado tercero de las Exposición de Motivos del Estatuto municipal, "La fuente originaria de toda soberanía municipal radica en el pueblo: el sufragio debe ser, por ello, su forma de expresión"

⁷⁸.- Artículo 150 del Estatuto municipal.

⁷⁹.- Artículo 290 del Estatuto municipal, que consagra que: "Las corporaciones municipales que estimen atentatorio al régimen de autonomía municipal alguna disposición del Gobierno o de Autoridades subordinadas o delegadas, aunque se hayan dictado en el ejercicio de facultades discrecionales y no lesionen derechos concretos de la que reclame, podrán interponer recurso de abuso de poder por los trámites del contencioso-administrativo, en única instancia ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo, pidiendo su nulidad".

Este procedimiento viene a garantizar, de una manera efectiva el contenido del principio de autonomía local, y a declarar solemnemente la desvinculación de las Entidades locales respecto de los órganos centrales del Estado, como ha recogido recientemente SANZ RUBIALES, I., *El Contencioso interadministrativo (Litigios entre Administraciones Públicas Territoriales)*, Marcial Pons, Madrid, 1.993, pág. 36.

jerárquica⁸⁰ frente a éste, pues malamente puede alguien enfrentarse procesalmente en "términos" de desigualdad.

Esta situación que acaece, por primera vez en nuestro Derecho público contemporáneo, no se repetirá sino hasta la regulación constitucional vigente. Y ello sin perjuicio de la falta de implantación real de esta reforma que ocasionó que una buena parte de los preceptos normativos de estos Estatutos no fuesen nunca aplicados en la práctica⁸¹, puesto que el valor del contenido intrínseco de la normación, para nuestro trabajo, resulta superior a si fue o no realmente llevado a la práctica, algo por otra parte no demasiado infrecuente en esta visión histórica que

⁸⁰.- De esta forma ROYO VILLANOVA, S., "La Ley de Régimen Local de 16 de Diciembre de 1.950", R.A.P., n° 4, enero-abril 1.951, pág. 277, señala que la provincia era el superior jerárquico de los municipios "desde 1.812 a 1.925 (...). El Estatuto provincial de 1.925 introdujo innovaciones sustanciales. Los Ayuntamientos no sólo dejaron de ser menores de edad tutelados por la Diputación, sino que, con arreglo al Estatuto, podían modificar la estructura de la Diputación y aún suprimirla mediante el régimen de carta intermunicipal".

⁸¹.- Cómo se encargaron de poner de manifiesto políticos coetáneos de esta regulación como MAURA, G., *Bosquejo histórico de la Dictadura*, citado por TUSELL GOMEZ, J., y CHACON ORTIZ, D., *La reforma de la Administración Local en España (1.900-1.936)*, INAP, Alcalá de Henares, 1.987, pág. 195, cuando señalan la denuncia de aquél de que "huelga enumerar aquí las muchas y radicales mudanzas que el estatuto aparentó introducir en la legislación vigente, puesto que la más sustancial, la que condicionaba a todas ellas, no pasó de la letra de la ley. Transcurrieron los meses y los años, y los alcaldes y concejales de toda España, desde Madrid al último villorrio o lugarejo, se nombraron y separaron libérrimamente en las covechuelas del Ministerio de la Puerta del Sol. Así desmedulada la reforma de su meollo autonómico, agudizó todavía más la anemia cívica y centuplicó el despilfarro de los dineros de los contribuyentes".

Situación que en términos jurídicos han puesto de manifiesto MARTIN RETORTILLO, S., y ARGULLOL MURGADAS, E., "Aproximación histórica al tema de la descentralización" en *Descentralización administrativa y organización política I*, Almagora, Madrid, 1.973, pág. 315 y sgs, en base al estudio del contenido de la Disposición final del Estatuto municipal que determinó, no sólo una suspensión temporal de su aplicación, sino su inaplicación de manera casi definitiva.

estamos efectuando⁸².

Los motivos de esta radical transformación de la posición y configuración de las Entidades locales parecen derivarse del deseo de regenerar la vida política de nuestro país, sirviéndose del impulso que podría ofrecer la existencia de una vida política importante en los municipios⁸³ y provincias, para evitar o servir, quizás también, de "antídoto" a las posibles reclamaciones regionalistas que ya por aquella época comenzaron a tener consistencia en nuestro país.

Y es que la reforma local se había convertido en el eje esencial de la política española durante todo el reinado de Alfonso XIII, de forma que la discusión entre los partidos políticos tradicionales, liberales y

⁸².- Sería injusto para este movimiento de reforma desvalorar sus contenidos exclusivamente por no haber sido llevados a la práctica, por cuanto todas las regulaciones constitucionales o no, del régimen local dudamos que hayan tenido una aplicación concreta en los distintos pueblos y provincias; es más, esta situación normativa de subordinación jerárquica de las Entidades locales al Gobierno, no fue tan real en la práctica dado que la fuerza de los caciques locales obligaba a los Jefes políticos a pactar cualquier actuación pública. Sentado lo anterior, ello no es óbice para continuar con el análisis de la regulación normativa del Régimen local pues ésta es el único instrumento jurídico que nos permita verificar la situación institucional de las Entidades locales en el ordenamiento, y sus relaciones con el Estado.

⁸³.- *"El Municipio español, cuna de ingentes libertades públicas, es institución histórica de los más altos prestigios. Su esplendor señala el más alto alcanzado por la Nación; su decadencia coincide con la del Estado. No es despreciable la enseñanza que arroja ese paralelismo, de singular elocuencia"*, así se expresa el Apartado III de la Exposición de Motivos de este Estatuto Municipal. Esta frase es significativa de la voluntad política que inspiraba esta reforma, el Regeneracionismo, propugnado por los conservadores con la finalidad, en el ámbito local, de acabar con el caciquismo para lo cual, como nos recuerda TUSELL GOMEZ, J., y CHACON ORTIZ, D., *La reforma de la Administración Local ...*, cit., pág. 175, "resultaba imprescindible una reforma de la Administración Local. Por ello no tiene nada de particular que inmediatamente Primo de Rivera pensara en realizarla. Para ello hubo de contar con un sector de la política española: el maurismo."

conservadores, se centraba en aceptar o no la modificación de la situación de las Entidades locales; puesto que los conservadores veían en esta reforma la desaparición de la división radical existente entre la España oficial y la España real, en un sentimiento optimista de las personas y de las instituciones, en cambio los liberales no eran partidarios de ella por cuanto ésta podría suponer la entrada en la escena política de grupos sociales que podrían desplazarlos⁸⁴.

⁸⁴.- De esta forma TUSELL GOMEZ, J., *La reforma de la Administración local...*, cit., pág. 215 y sgs., concluye afirmando que si el sistema político durante la Restauración estaba fundado sobre una base "caciquil, cualquier reforma de las Entidades locales podría afectar al sistema y por ello preocupaba a todos los partidos políticos".

Pero mientras los conservadores, según este autor, "tanto en Silvela como en Maura o en el propio Calvo Sotelo (...) tienen la idea de que existe una vida local activa, al menos en potencia, pero que una legislación centralizadora se encarga de impedir que se manifieste. Es, por tanto, la legislación quien corrompe al país, la que favorece el caciquismo y la que debe ser transformada. Con una nueva vida local, España resurgirá, desaparecerán los vicios políticos de los españoles y llegará a cambiar el clima político del país".

Mientras los liberales, con un menor consenso en el tema local, no son partidarios de efectuar reforma local alguna, puesto que el liberal "era un partido tan caciquil como el conservador y como, en general, todo el sistema canovista. Lo que sucedía era que, como regla general, los conservadores tendían a corresponder a un tipo de cacique muy concreto, el "notable". En cambio, el prototipo de cacique liberal suele apoyarse más en los resortes administrativos para conseguir el mantenimiento de su poder político. (...). Para los liberales una "revolución desde arriba" no resultaba rentable desde el punto de vista electoral, sino que les merecía la pena mantener la situación vigente".

5º) El régimen franquista en la conformación de las Entidades locales

La regulación señalada en estos Estatutos, tras su permanencia en grandes líneas en la legislación republicana⁸⁵, viene a ser aniquilada por la obra del régimen franquista que vuelve a la postura, ya tradicional en nuestro Derecho, de incluir los municipios y provincias en la cadena administrativa del Estado⁸⁶, por medio de un instrumento ya conocido, tal y como hemos tenido ocasión de comprobar, cual es el de la dependencia política del Alcalde de la Administración del Estado, Ministro de la Gobernación, dependencia que se produce desde su nombramiento, y a lo largo de toda la actuación pública de aquél.

Nos encontramos pues con una configuración de los

⁸⁵.- Y es que en un primer momento se encontró vigente la normativa de 1.877 y los Estatutos de Calvo Sotelo, para luego dictarse la Ley municipal de 31 de octubre de 1.935.

⁸⁶.- No otra puede ser la conclusión que se obtenga tanto del tenor de los textos legales como de las declaraciones de sus autores; en este sentido en el Discurso del Ministro de la Gobernación, D. Blas Pérez González, en la presentación del Proyecto de Ley de Régimen Local a las Cortes se señala que "los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales son Corporaciones públicas de naturaleza administrativa; es decir, declaramos que son entidades no políticas **a las que se les prohíbe hacer política**", recogido por GARCIA OVIEDO, C., "La materia de competencias y servicios en la nueva Ley de Régimen Local", R.E.V.L., nº 55, enero-febrero 1.951, pág. 7; y ello por cuanto "El actual Estado español no es un Estado de democracia parlamentaria, sino de Ejecutivo fuerte. Concentradas las funciones legislativas y administrativas en el Caudillo, de **el descienden los poderes locales**, que deben estar fuertemente subordinados a la autoridad superior del Gobierno por él presidido, GARCIA OVIEDO, C., cit., pág. 29.

Entes locales subordinados al Estado, encuadrados en una situación administrativa y como elementos de ejecución de las líneas políticas de actuación emanadas del Gobierno, sin poderlas ni "resistir", ni "modificar", en ninguna forma; para ello la figura del "Jefe político" resultó decisiva.

De esta forma el nombramiento y cese de los Alcaldes y Presidentes de Diputación se efectúa por los órganos de la Administración del Estado a su entera libertad⁸⁷, lo que sin duda es muestra de la relación jerárquica existente entre el Alcalde y el Gobernador Civil⁸⁸, de forma que los Municipios y Provincias no eran considerados sino entidades que *"en las materias que la Ley no confíe a la exclusiva competencia (...), actuarán unos y otras bajo la dirección administrativa del Ministerio de la Gobernación"*⁸⁹.

⁸⁷.- Así el artículo 62 de la Ley de Régimen Local de 1.955 establece que el nombramiento del Alcalde se efectuaría por el Gobernador Civil o el Ministro de la Gobernación dependiendo del número de habitantes del municipio, y, lo que es aún más significativo, su cese sería realizado *"cualquiera que sea su forma de nombramiento"* por el Ministro de la Gobernación sin tener que efectuar más justificación que ello fuese debido a *"razones de interés público"*; siendo además el Presidente de la Diputación el Gobernador Civil, artículo 266 de la citada ley.

⁸⁸.- En este sentido también se expresa GUIRADO CID, C., cit., pág. 249, al considerar que *"la libérrima facultad del Poder central para el nombramiento y cese de los Alcaldes dota al cargo de una esencial inestabilidad condicionando, de modo extremo, la gestión del primer mandatario local"*.

⁸⁹.- Y es que una vez más parece que las competencias propias de las Entidades locales podrían ser la *"salvación"* de su subordinación ante el Estado, pero este argumento es *falaz* dado que no existe ninguna competencia propia de las Entidades locales, pues la enumeración contenida en el artículo 101 referida a los municipios, *"no será obstáculo para la prestación de servicios análogos que las Leyes atribuyan al Estado"*, artículo 156.

Basándose en este precepto MORELL OCAÑA, L., *"La concepción del Ayuntamiento..."*, cit., pág. 817, afirma que el franquismo supuso convertir los Ayuntamientos en órganos del Estado a los que se encomienda una serie de tareas o competencias de carácter económico-administrativo, a la vez que se coloca al Alcalde como *"colaborador del Gobernador civil en el término municipal"*. En igual sentido NIETO, A., *"Organización local: Uniformismo y variedad"*, en la obra de MARTIN-RETORTILLO, S., *Descentralización administrativa y organización política*,

Y todo ello aún a pesar de concebirse a los municipios como entidades naturales, Base I:

"El Estado español se haya integrado por las Entidades naturales que constituyen los Municipios organizados territorialmente en Provincias",

lo que no significa que se ponga en duda la superioridad ontológica del Estado por cuanto lo contrario sería desconocer "el poder y actividad del Derecho, forjando modos, regulando medios, señalando fines y creando, en último término, el instrumento jurídico y político que al ser de la vida local interesa para desarrollo y seguridad de sus relaciones internas y de comunicación con los demás grupos humanos⁹⁰".

De esta forma resulta totalmente esclarecedor las palabras de Albi: "en consecuencia de todo ello, que si se deja a un lado las apariencias tradicionales y se procura llegar a la propia entraña de los hechos (...), habrá que llegar a la conclusión de que el Municipio en España **no es**

vol. II, Ed. Alfabuara, pág. 28, manifiesta que: "Si bien, por una parte, el legislador reconoce a los entes locales un amplio repertorio de competencias; por otra parte, ha vaciado de hecho su esfera de actuación al posibilitar que la Administración del Estado ejerza las mismas actividades (...). Dicho claramente: el ente natural se convierte en una ficción y la autonomía municipal en una simple declaración sobre el papel".

⁹⁰.- Contenido del Discurso del Ministro de la Gobernación ante las Cortes sobre el Texto articulado de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1.950, citado por ROYO VILLANOVA, S., "La Ley de Régimen Local", cit., pág. 280.

hoy más que una modalidad de la administración periférica del Estado, para atender problemas urbanos, dentro de un sistema orgánico subordinado al propio Estado"⁹¹.

⁹¹. - ALBI, F., *La crisis del Municipalismo*, I.E.A.L., Madrid, 1.966, pág. 490.

II.- STATUS JURIDICO DE LAS ENTIDADES LOCALES EN ESTA EVOLUCION HISTORICA.

Si se puede señalar una característica común y sustancial al conjunto de las diversas regulaciones normativas de las Entidades locales en la Historia contemporánea en nuestro Derecho ésta sería la de su situación de **subordinación** respecto de los órganos ejecutivos del Estado⁹². Es más, y desde un punto de vista normativo⁹³, en ningún momento, salvo la regulación de los Estatutos municipal y provincial de 1.924, se asumió jurídicamente la posibilidad de que existiese discrepancia entre la actuación del Estado y las Entidades locales, y ello por cuanto éstas fueron definidas como "eslabones de una misma cadena"⁹⁴, -la Administración del Estado-, y,

⁹².- ALBI, F., *La crisis del Municipalismo*, cit., pág. 490, llega incluso a elevar esta conclusión a un valor universal, "consecuencia ineludiblemente de la crisis de la concepción municipalista tradicional".

⁹³.- Resulta interesante efectuar esta diferenciación de la situación "normativa" y la "real" vivida por los propios municipios y provincias. Desde la norma jurídica se negaba la posible existencia de discrepancia, **conflicto**, entre el Estado y las Entidades locales, lo que contrasta claramente con la situación de conflicto "real" existente en nuestra Historia constitucional.

Conflicto que precisamente se intentó maniatar por la norma jurídica, constitucional u ordinaria, integrando a las Entidades locales en la Administración del Estado, y sometiéndolas, por tanto, a sus órganos superiores.

⁹⁴.- Utilizando la terminología de COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo Español*, cit., pág. 62, cuando al referirse a la situación de los distintos agentes de la Administración y dado que "la autoridad emana de un poder central responsable quien le transmite de grado en grado hasta los últimos agentes de la escala", considera que todos ellos debían estar "unidos entre sí como eslabones

por tanto, con la obligación de ejecutar las líneas directrices impuestas por el Gobierno.

Tal situación de subordinación político-administrativa se puede predicar de las Entidades locales dada la existencia, en el período histórico analizado, de un conjunto de circunstancias que condujeron a esta construcción jurídica y que trataremos de analizar con cierto detalle.

A) ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS DEL ESTADO O
ENTIDADES POLITICAS.

Este apartado pretende, al no compartirse "el viejo hábito iuspublicista de separar el sistema político del administrativo y de calificarlos separadamente"⁹⁵, integrar en este estudio la función política y la administrativa, y poner de relieve la consideración de las funciones a desempeñar por las diversas estructuras locales. Así, las Entidades locales han sido tradicionalmente incluidas dentro de la organización administrativa del Estado, negándose su aptitud política y afirmándose con rotundidad que su actuación era **meramente administrativa**⁹⁶.

⁹⁵.- Citado por MARTINEZ MARIN A., *Sistema Político-administrativo ...*, cit., pág. 20.

⁹⁶.- En esta disputa en torno a la politicidad o no de las Entidades locales, y configuración como entidades que no podrían ejercer funciones sino administrativas, pues de las otras el monopolio correspondía a los poderes del Estado, podemos significar el contenido del Preámbulo del Real Decreto de 21 de octubre de 1.886 en cuanto señala la necesidad de acabar con cualquier veleidad política de las Entidades locales; voluntad normativa que se pretende justificar porque habiendo "caído generalmente la Administración municipal por esta causa en poder de personas que en vez de cumplir con escrupulosidad su mandato y mantener aquellas relaciones en su pureza según el espíritu y el texto vigente, se valían de las ventajas que proporcionaba la **representación del pueblo en los municipios para llegar a fines propios solamente de la gestión política, y contrario por tanto á los propósitos de toda gobernación ordenada (...)**. Sucedió lo que debía suceder; la revolución se apoderó de muchos Municipios importantes y triunfó en las Diputaciones de casi todas las provincias. Con tales elementos, tenía por lo pronto cuanto le era dable desear: la organización de su poder ejecutivo en Comités supremos suplía con ventaja su ausencia de las Córtes (...). Había pues un Estado movido por el genio de la insurrección dentro del Estado legal".

Ya desde la Constitución de 1.812 se pretendió consagrar el encuadramiento de las Entidades locales dentro de la "función ejecutiva" del Estado, como un órgano periférico de su Administración, para lo cual se expresó una rotunda negativa de su condición de entidad representativa y, por otra parte, su habilitación competencial respecto de las funciones públicas se encontraban en cumplimiento estricto de las órdenes del Gobierno, dejándose únicamente cierta libertad de actuación respecto de las funciones "privadas" o cuasidomésticas que ejercieron.

1º.- En torno a la declarada ineptitud política de las Entidades locales.-

Para negar la **cualidad política** de las Entidades locales se afirmaba que ésta radicaba exclusivamente en el Gobierno y el Parlamento sobre la base de la unidad de la soberanía, tal y como claramente puso de manifiesto el Sr. Queipo de Llano, conde de Toreno, en uno de los debates previos a la aprobación de la Constitución gaditana:

"El señor preopinante ha fundado todo su discurso en un principio, a mi parecer equivocado, cuando ha manifestado que los Ayuntamientos eran representantes de aquellos pueblos por quienes eran nombrados. Este es un error; en la nación no hay más representación que la del Congreso nacional (...). Los Ayuntamientos no son más que unos agentes del poder ejecutivo para el gobierno económico de los pueblos; pero (...) se prefiere que estos agentes sean escogidos por sus propios vecinos, en la persuasión de que desempeñarán mejor su cargo y corresponderán a la confianza que los ha distinguido (...). Las Cortes y el rey son dos poderes supremos de la nación: éstos tienen respectivamente sus dependencias, y los Ayuntamientos son esencialmente subalternos del

poder ejecutivo; de manera que sólo son un instrumento de éste, elegidos de un modo particular, por juzgarlo así conveniente al bien general de la nación; pero al mismo tiempo para alejar el que no se deslicen y propendan insensiblemente al federalismo, como es natural tendencia, se hace necesario ponerles el freno del jefe político, que nombrado inmediatamente por el rey, los tenga a raya, y conserve la unidad de acción en las medidas del Gobierno. Este es el remedio que la Constitución, pienso, intenta establecer para apartar el federalismo, puesto que no hemos tratado de formar sino una nación sólida y única⁹⁷."

De esta forma en el propio texto constitucional gaditano las Entidades locales ocuparon una situación **distinta** de los poderes públicos constituidos por la actuación del principio de división de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial (Cortes, Gobierno y Tribunales), sino como organizaciones para el "Gobierno interior de las provincias y de los pueblos"⁹⁸.

⁹⁷.- Citado por GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del ...*, cit., págs. 262 y 263.

⁹⁸.- Expresión literal que sin duda se refiere a la administración de aquellas materias no públicas sino privadas y comunes a la colectividad de vecinos. Así ARGÜELLES, A., DE, *Discurso Preliminar ...*, cit., pág. 115, señala cómo era necesario que el Gobierno no regulase aquellas materias referidas a las "sencillas transacciones de particular a particular, en la inversión de los propios para beneficio común de los que cuidan, producen y poseen y en la aplicación de su trabajo y de su industria", pues todo ello corresponde y afecta "al interés de los particulares".

Las estructuras locales no actuaban pues en **representación** de sus vecinos, dado que la única representación que podría hacerse efectiva operaba a nivel nacional (como sumatorio único y globalizado deducido del concepto establecido para la soberanía nacional⁹⁹) y quedaba incardinada en el Parlamento, sino como entidades asociativas para la gestión de los asuntos que afectasen a todos los vecinos y con carácter exclusivamente **administrativo**.

De esta forma se niega frontalmente, ya desde la formulación constitucional de 1.812, la **aptitud** de las Entidades locales como órganos políticos, puesto que la soberanía nacional sólo podría expresarse en términos de la totalidad de la Nación, y nunca a través de "porciones" territoriales del Estado.

Si éste es el fundamento jurídico de esta construcción constitucional, parece evidente que lo que subyace no es sino la voluntad de monopolizar la totalidad de las funciones públicas por los órganos centrales del Estado, y evitar así que los municipios y provincias sirviesen cómo

⁹⁹.- Al respecto ha de notarse la aceptación por los redactores de la Constitución gaditana de la situación ya vivida en Francia con el rechazo de los revolucionarios franceses de la teoría de la "soberanía popular" diseñada por ROUSSEAU, y en la cual cada uno de los ciudadanos ostentaba una participación alícuota del poder político: "a pour sa part la dix millième partie de l'autorité suprême"; rechazo producido como consecuencia de su necesidad de reforzar los órganos del poder central, el Estado, para lo cual construyen el concepto de "Nación" como una suerte de entidad abstracta que no se puede confundir con el conjunto de individuos que la componen, como ha puesto de relieve DEBBASCH, CH, BOURDON, J., PONTIER, J.M. y RICCI, J.C., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2ª ed., Économica, París, 1.986, pág. 43.

instrumento de canalización y debate de otras aspiraciones políticas¹⁰⁰.

Tal negativa de la aptitud política de las Entidades locales resulta tan rotunda que no se entendería la asiduidad con la que se repite en nuestros textos jurídicos si no se pone en relación con la realidad de los hechos, realidad en la que los municipios se constituyeron como un elemento activo de participación política¹⁰¹.

Así desde la declaración constitucional de 1.812 refiriendo al Jefe político la actuación política en el ámbito local; continuando con la de 1.823 -Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias-, igualmente en el Real Decreto de 1.835 para el arreglo provisional de los municipios, en cuyo artículo 61 (que también es repetido en la Ley municipal de 1.843, artículo 68) se formula la prohibición más absoluta en este sentido:

"Los ayuntamientos no podrán deliberar sobre otros asuntos que los comprendidos ni hacer por sí, ni prohiar, ni dar curso á exposiciones sobre negocios políticos; ni acordar medidas ni otorgar peticiones algunas en semejantes

¹⁰⁰.- En este sentido se expresa GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del ...*, cit., pág. 341, cuando señala cómo los avatares del estado constitucional en España con "la alianza de la aristocracia terrateniente con las fracciones menos dinámicas de la burguesía (...), retoman las enseñanzas napoleónicas organizando el régimen local con criterios centralizadores"

¹⁰¹.- Y que fue especialmente significativa durante la primera mitad del siglo XIX, vid. nota 57.

materias, todo bajo la pena de perder sus cargos, y de la responsabilidad á que haya lugar con arreglo á las leyes".

En la Ley municipal de 1.856 se repite esta prohibición para los Ayuntamientos (artículo 124): "*no pueden ejercer otras funciones, ni actos políticos*"; regulación que se mantiene en los textos municipales de 1.870 y 1.877.

Unicamente durante el período de la Dictadura de Primo de Rivera, como ya hemos visto, se considera a las Entidades locales como poderes públicos autónomos, que no subordinados, y representativos de la colectividad política "local":

"La fuente originaria de toda soberanía¹⁰² municipal radica en el pueblo: el sufragio debe ser, por ello, su forma de expresión"¹⁰³,

y ello hasta el extremo de poder confrontarse, en términos jurídicos, con el Estado.

¹⁰². - Aunque se puede evidenciar de este precepto un uso impropio del término "soberanía" por el de potestad.

¹⁰³. - Apartado tercero de la Exposición de Motivos del Estatuto municipal de 1.924.

Esta situación se trunca con el régimen franquista que configura, ya tempranamente, a las Entidades locales como entes no aptos para cualquier actuación política:

*"Los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales son Corporaciones públicas de naturaleza administrativa; es decir declaramos que son entidades no políticas a las que se prohíbe hacer política"*¹⁰⁴

De esta forma la actuación política a nivel local, como ejecución de las órdenes e instrucciones del Gobierno del Estado, no va a estar sino en manos del Jefe político, luego Gobernador Civil, sin perjuicio de que el Alcalde sirviese de órgano de ejecución de estas funciones, pero siempre bajo la vigilancia e inspección de aquél. De esta forma la figura del Jefe político se constituye cómo el órgano superior del Alcalde, a la vez que del Ayuntamiento y de la Diputación, dada la subordinación de aquél y la presidencia que ostentaba en ésta; en esta cualidad resolvía los recursos de Alzada interpuestos contra las actuaciones de los Alcaldes y Ayuntamientos, a la vez que era el encargado de hacer ejecutar la política del Gobierno en cada provincia y municipio, y "controlar", en suma, a todos¹⁰⁵.

¹⁰⁴. - Discurso del Ministro de la Gobernación, D. Blas Pérez González, en la presentación ante las Cortes del texto de la Ley de Régimen Local, citado por GARCIA OVIEDO, C., *cit.*, pág. 7.

¹⁰⁵. - O como ya se ha señalado anteriormente en palabras del Conde de Toreno: "se hace necesario ponerles el freno del Jefe político", citado por POSADA, A., *Evolución ...*, pág. 77.

2º) Sobre la naturaleza y extensión de las funciones de las Entidades Locales.

Desde la Constitución gaditana se concibieron las funciones a realizar por las Entidades locales de **dos tipos**: unas propias del Estado que ejercía el Alcalde con sujeción estricta a las órdenes y directrices del Gobierno a través de la figura del Jefe político; y otras, también señaladas por las leyes, que, quedando fuera de la actividad pública del Estado, tenían un marcado "carácter doméstico"¹⁰⁶ y eran ejercidas por el municipio o la provincia con la finalidad de administrar el patrimonio del común, prestar servicios básicos a la comunidad (policía de caminos y seguridad de ciudades y pueblos, reparación de caminos y ciertas actividades de beneficencia), o determinar su situación presupuestaria y contable.

Sobre este segundo tipo de funciones a desarrollar, a las que una parte de nuestra doctrina otorga una

¹⁰⁶.- Terminología ya empleada en el Proyecto de Ley sobre atribuciones de los municipios presentado por el Gobierno en fecha 23 de febrero de 1.838, en cuyo Preámbulo expresamente se establece que: "*Por consiguiente, sin conceder á los Ayuntamientos ningún derecho soberano, y colocándolos bajo la necesaria y paternal tutela de la Administración superior, se les deja la iniciativa en todo cuanto tiene relación con los intereses particulares de los pueblos, y se les permite deliberar y acordar sobre todos aquellos asuntos que pueden llamarse puramente domésticos*", citado por POSADA, A., *Evolución ...*, cit. pág. 172.

especial significación¹⁰⁷, es necesario poner de relieve cómo éstas no fueron tanto la consecuencia del establecimiento de un conjunto de competencias exclusivas para las Entidades locales, derivadas de los intereses propios sobre tales asuntos, sino consecuencia de la declaración implícita del Estado de su voluntad de no realizarlas, por considerarlas no incluidas en su actividad pública "prestacional".

Máxime todo ello cuando nos referimos a una concepción del Estado profundamente "liberal", en el que las intervenciones públicas estaban, en principio, limitadas a garantizar la existencia de un cuadro de actuación de libertad y seguridad para los ciudadanos; es así explicable como en el momento en el que esta configuración del Estado se modifica, básicamente a partir de la segunda mitad del siglo XX, se produce un vaciamiento de las competencias locales, que pasan a ser ejercidas por el Estado¹⁰⁸.

De esta forma resulta que, y siguiendo nuestra

¹⁰⁷.- GARCIA DE ENTERRIA, E., "Turgot y los orígenes", cit., pág. 79 y sgs., las concibe como integrantes del nuevo concepto de municipio formulado en el artículo 49 de Decreto revolucionario de 14 de diciembre e inspirado en la obra de TURGOT, según veremos posteriormente con más detalle.

¹⁰⁸.- De esta forma ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1.993, pág. 285 y sgs., cuando describe el origen del concepto de servicio público entiende que hay dos notas iniciales que se le pueden incardinar en su perspectiva histórica: se trata de una actividad estatal, no de una actividad privada; y, en segundo lugar, se trata de una actuación para satisfacer una necesidad que siente colectivamente la sociedad; y todo ello bajo "la firme convicción de que las tareas del Estado y las tareas de la sociedad son tareas diferentes", dada la evidente "separación de Estado y sociedad". Por ello, y "a medida que avanza el siglo, y el progreso, la civilización, la técnica (...) se irán produciendo sucesivas ampliaciones de los campos de actuación del Estado".

legislación la terminología francesa de "affaires propres-affaires délégées" (que en la traducción castellana podría efectuarse como intereses locales-intereses generales)¹⁰⁹, si bien ni la Constitución de 1.812, ni la de 1.837 ó la de 1.845 hacían referencia expresa a esta denominación, sí se incorporó, en cambio, en el texto de la Constitución no promulgada de 1.856, y, a partir de ella, en las sucesivas de 1.869 y 1.931; por ello las funciones o competencias de las Entidades locales fueron más el resultado de la "inactividad" del Estado en esa materia que consecuencia de la obligada autolimitación de éste por considerarlas propias de otro centro de poder público.

Así, si analizamos la Ley Municipal de 20 de agosto de 1.870, y que emplea por primera vez, a nivel de legislación ordinaria, esta terminología de "intereses propios"¹¹⁰, nos encontramos con un listado de competencias (que se venía ya repitiendo desde la formulación constitucional de 1812¹¹¹, la Instrucción de

¹⁰⁹.- Según pone de relieve CHAPUISAT, J., *La notion d'affaires locales en Droit administratif français*, tesis mecanografiada, París, 1.971, al hacer referencia los intereses "délégées" a funciones estatales que eran ejercidas por las Entidades locales bajo el control del Estado, dada su condición "pública", y por contraposición a los intereses "propres" con innegable connotación "privada".

¹¹⁰.- Con mayor exactitud la terminología utilizada en el artículo 37 de esta Constitución es la de "intereses respectivos", dado que la dicción de ésta era: "la gestión de los intereses respectivos de los pueblos y de las provincias corresponde a los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, con arreglo a las leyes".

¹¹¹.- De la mera comparación de los textos que reseñan las competencias de los Ayuntamientos en los textos de 1.812 y 1.877 podemos obtener una similitud en las siguientes áreas de actuación:

a) El título competencial de "Policía de salubridad y comodidad", apartado 1º del artículo 321, se convierte en la "policía urbana y rural", artículo 72, apartado 2º, de la Ley de 1.877, con las siguientes funciones: cuidado de la vía pública, limpieza, higiene y salubridad del pueblo.

1.813 y que repiten otras leyes posteriores, que consagran las supuestas competencias propias de los municipios: policía, administración de sus bienes patrimoniales y realización de servicios **municipales** (arreglo de vías públicas, aguas, paseos, lavaderos, mercados, beneficencia, por citar algunas); listado que denota una **sustancial identidad** respecto de las funciones propias que debía cumplir en el Derecho francés el poder municipal según el Decreto de 14 de diciembre de 1.789¹¹².

Todo lo cual configura una situación de cumplimiento de un conjunto de funciones marcadamente **domésticas**, que, además en nuestro Derecho fueron frecuentemente controladas

b) El de "la administración e inversión de los caudales de propios y arbitrios", apartado 3º, y "Hacer el repartimiento y recaudación de las contribuciones", apartado 4º, del artículo 321 de la Constitución de 1.812, se convierte en la "Administración municipal que comprende el aprovechamiento, de bienes y derechos pertenecientes al Municipio, y (...), la determinación, repartimiento, recaudación, inversión y cuenta de todos los arbitrios é impuestos necesarios", apartado 3º del artículo 72.

c) Los de "cuidar de todas las escuelas de primeras letras", "cuidar de los hospitales, hospicios casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia", "cuidar de la construcción y reparación de los caminos, calzadas, puentes, cárceles, de los montes y plantíos" apartados 5º, 6º y 7º; se convierten en "Conservación y arreglo de la vía pública (...), Instrucción primaria, Administración, custodia y conservación de todas las fincas, bienes y derechos del pueblo", números 1º, 4º y 5º del artículo 73 de la ley de 1.877.

¹¹².- En el que literalmente se señalaba como "fonctions propres au pouvoir municipal" las siguientes (hemos seguido el texto contenido en la obra de RONDONNEAU, L., *Collection générale del lois, décrets, arrêtés, sénatus-consultes, avis du Conseil d'État et régléments d'administration publiés depuis 1.789 jusqu'au 1º avril 1.814, et insérés* Tomo I, París 1.877):

" De régir les biens et revenus communs des villes, bourgs, paroisses et communautés;

De régler et d'acquitter celles des dépenses locales qui doivent être payées des deniers communs;

De diriger et faire exécuter les travaux publics qui sont à la charge de la communauté;

D'administrer les établissements qui appartiennent à la commune, qui sont entretenus des ses deniers, ou qui sont particulièrement destinés à l'usage des citoyens dont elle est composée;

De faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics".

por órganos directamente emanados del poder central, Gobernadores Civiles¹¹³.

Por ello no resulta muy aventurado señalar que ni municipios ni provincias llegaron a tener **funciones públicas propias**, ni se les reconoció y garantizó la existencia de **intereses locales**, sino que las funciones públicas encomendadas eran ejercidas con el control de las Diputaciones, y éstas, a través del Jefe político, lo estaban por el Gobierno¹¹⁴. Y respecto del resto de funciones, no públicas sino de carácter doméstico, las Entidades locales las ejercieron no por ser propias de éstas (lo que supondría una limitación de la actuación estatal) sino por considerarlas el Estado ajenas al campo de la actividad pública, y, por ende, no necesitadas de su intervención¹¹⁵; y aún en este ámbito existieron, en determinados períodos históricos, fuertes controles estatales.

¹¹³.- Así la Ley municipal de 1.877, que consagra las ideas de la Restauración tras del Golpe del General Pavía, aún siguiendo el esquema normativo de la ley de 1.870, por lo que ha de deducirse su similitud constructiva, impone férreos controles a la actuación de los municipios: mientras que en la ley de 1.870 el Alcalde era el jefe de la Administración municipal, en la de 1.877 debía hacer cumplir "*por el Ayuntamiento las leyes y disposiciones de sus superiores jerárquicos*" (artículo 113, regla 2ª), para lo cual, aún en el ejercicio de supuestas funciones propias de los municipios podrían formularse recursos de alzada que debieran resolver los Gobernadores Civiles, "*oída la Comisión provincial*" (artículo 171), cuando en la ley de 1.870 se establecía que estos recursos de alzada se resolverían por "*la comisión provincial*" (artículo 164 en relación con el 161), esto es, por un órgano local constituido por representantes de los vecinos de los municipios integrados en los distritos provinciales.

¹¹⁴.- Como además se comprueba en sede de recursos al ser el Jefe político el órgano administrativo que resolvía los recursos de alzada contra las actuaciones del Alcalde y de los Ayuntamientos, Instrucción XVIII del Decreto de 23 de junio de 1.813, ya citado.

¹¹⁵.- Así se expresa con rotundidad ARGÜELLES, A., *Discurso Preliminar a la ...*, cit. pág. 119 cuando considera que "*las facultades de las diputaciones son conformes en todo a la naturaleza de cuerpos puramente económicos*", dado que se confiaba "*el gobierno superior de las provincias al cuidado de jefes políticos y militares*".

B) LOS MEDIOS DE CONTROL SOBRE LAS ACTUACIONES DE LAS ENTIDADES LOCALES.

La importancia del estudio de la función estatal de controlar la actuación de las Entidades locales para determinar la situación de éstas respecto del Estado, ya puesta de manifiesto por Posada¹¹⁶, nos sitúa frente al problema técnico-jurídico de si este tipo de controles son consecuencia de hacer operar el instrumento de la tutela administrativa o, por el contrario, el de la jerarquía administrativa¹¹⁷.

¹¹⁶.- POSADA, A., *Evolución legislativa...*, cit., pág. 539.

¹¹⁷.- Aceptando la situación histórica de la existencia de una variedad de controles del Estado sobre la actuación de las Entidades locales, cuyo abanico ya ha sido estudiado, y que comprenden la existencia de recursos administrativos de alzada frente a las actuaciones locales, la necesidad de aprobación de determinados acuerdos, básicamente normativos, y la posibilidad de suspender la eficacia de los acuerdos locales, el problema se centra en determinar si este tipo de controles constituye lo que se viene denominando jurídicamente una situación de **tutela**, o, por el contrario, evidencia la existencia de una **jerarquía administrativa**.

Recientemente ha señalado SANZ RUBIALES, I., *El Contencioso...*, cit. págs. 46 y 47, cómo esta situación pone de manifiesto la existencia de un conjunto de controles de tutela (aunque ello, aparentemente al menos, resulte ciertamente contradictorio con lo expresado en la página 30 del citado libro, y en la que señala cómo "Las leyes de 1.877 y 1.882 sustentan una **tutela** sobre las Entidades locales amplia y compleja (...). El recurso de alzada es la pieza clave del sistema -en cuanto que **implica un sistema rígidamente jerarquizado-**").

1º) La Jerarquía y la tutela como instrumentos jurídicos en las relaciones de Derecho Público.

En el marco de la elaboración dogmático-jurídica de la clasificación de los diversos tipos de relaciones interadministrativos en nuestra doctrina se pueden destacar las aportaciones efectuadas por García-Trevijano¹¹⁸ y Entrena Cuesta¹¹⁹; siguiendo los postulados avanzados por estos autores podemos diferenciar ambos tipos de controles en función de los siguientes aspectos concretos:

a) La personificación jurídica.- Mientras que la jerarquía opera en el ámbito de la misma persona jurídica, entre los diversos órganos administrativos de ésta, la tutela actúa para el control de "personas" distintas¹²⁰.

¹¹⁸.- GARCIA TREVIJANO-FOS, A., *Tratado de Derecho Administrativo II*, vol. I, E.R.D.P., 2ª ed., Madrid, 1.971, pág. 426 y sgs.

¹¹⁹.- ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 1.983, pág. 39 y sgs.

¹²⁰.- Es esta una característica que no ha existido en la doctrina de nuestro país desde un primer momento; muy al contrario, la doctrina administrativista del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX señalaba cómo la jerarquía operaba entre personas jurídico-públicas distintas, el Estado y los municipios era el ejemplo más representativo de esta situación. De esta forma NIETO, A., "La jerarquía administrativa", D.A., nº 229, enero-marzo 1.992, pág. 18, nos recuerda que tanto COLMEIRO, como ABELLA y GASCON MARIN, sostenían que la jerarquía operaba entre la Administración del Estado y las Entidades locales para establecer su subordinación; situación que, según este autor, se mantiene hasta que la doctrina patria supera estos planteamientos "mediante la depuración de las figuras de la jerarquía y de la tutela, aceptándose que la segunda articula entes o personas jurídicas mientras que la primera se refiere a las relaciones entre los distintos órganos de un mismo ente".

Esta cualidad es resaltada por ambos autores como consecuencia de expresar un sentido organizativo de tal principio, **jerarquía organizativa** como forma de "la división del trabajo en sentido funcional", por lo que se da "entre órganos con la misma competencia funcional"¹²¹; aunque García-Trevijano haga menor hincapié en este elemento al admitir la existencia de una relación jerárquica del Ministerio "hacia los organismos provinciales y regionales, y a su vez éstos hasta los inferiores (alcaldes, **en cuanto delegados del Gobierno**)"¹²².

b) El carácter y la extensión de los poderes que engloba.- Mientras que la jerarquía otorga a quien es titular de ella facultades absolutas y que no han de ser, tan siquiera, explicitadas, la tutela opera otorgando funciones de manera mucho más limitadas en su contenido y que, además, deberán ser determinadas, previa y tasadamente.

Por ello García-Trevijano señala que la tutela será ejercida exclusivamente de oficio, mientras que la jerarquía puede serlo también a instancia de parte (recurso de Alzada); y que la tutela no engloba poderes de dictar normas de servicio (organización y procedimiento) y la jerarquía sí.

¹²¹.- GARCIA-TREVIJANO FOS, A., *cit.*, pág. 427.

¹²².- *Cit.*, pág. 429.

c) Respecto de su finalidad.- Mientras que la tutela pretende servir para alcanzar la unidad de la función administrativa en todas las Administraciones Públicas, la jerarquía servirá para alcanzar la unidad administrativa en una misma entidad pública.

De esta forma la tutela operará por medio de una pluralidad de técnicas jurídicas tales como autorizaciones, aprobaciones, suspensión de los actos, anulaciones o reformas, para conseguir hacer efectiva la superioridad de los intereses generales = del Estado, respecto de los privativos = locales.

2º.- Los controles sobre las Entidades Locales: una relación, ¿de jerarquía o de tutela?.

Nos resta en este apartado calificar, por tanto y si ello es posible, si la situación de los controles a los que se ha sometido históricamente la actuación de las Entidades locales, por parte del Estado, era propia de una posición de subordinación jerárquica o de tutela.

Desde una **perspectiva histórica**, esta instrumentación de los controles del Estado frente a la actuación de los municipios fue realizada ya en el régimen de los Austrias por medio de los corregidores¹²³ que, según reconoce Parejo Alfonso, fueron la pieza esencial de la vida municipal puesto que no sólo era el "presidente de la corporación municipal y ejecutor de sus acuerdos sino que consiste fundamentalmente en la dirección política local", constituyendo, en suma, los agentes del gobierno en cada municipio para la actuación de éste de conformidad con los imperativos reales¹²⁴.

¹²³.- Figura que ya fue instaurada por Alfonso XI para la inspección de la Administración municipal, y es que "a partir de la segunda mitad del siglo XIV, se fue generalizando la costumbre de enviar a los Municipios un delegado regio o "Corregidor" con el carácter de una magistratura no ya ocasional, sino permanente, representación del poder real en la ciudad y que como tal intervenía en el gobierno de la misma", VALDEAVELLANO, L. G., DE., *Curso de Historia ...*, cit., pág. 551.

¹²⁴.- PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Básico de la Administración local*, cit. pág. 26.

Dentro de la variada tipología de los controles estatales sobre la actuación de las Entidades locales, podemos reseñar los siguientes:

- a) Recurso de Alzada contra las actuaciones de los Alcaldes y Ayuntamientos.

El recurso de Alzada, instaurado ya en la Instrucción de 1.813¹²⁵, ha venido repitiéndose a lo largo de toda la Historia del Régimen local de nuestro país hasta llegar al Texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 1.955¹²⁶.

Si hiciésemos una breve referencia a su evolución histórica en el citado período normativo, nos encontraríamos con la situación de que el **objeto** del citado recurso administrativo era comprensivo de la totalidad de

¹²⁵.- De esta forma el artículo XVIII señalaba que: "Si algún vecino se sintiese agraviado por providencias económicas ó gubernativas dadas por el Ayuntamiento ó por el Alcalde, sobre cualquiera de los objetos que quedan indicados, deberá acudir al Gefe Político, quien por sí oyendo á la Diputación provincial cuando lo tuviese por conveniente, resolverá gubernativamente toda duda".

¹²⁶.- Así en el artículo 383, apartado 2º, de esta ley de 1.955 se señala que respecto de las resoluciones dictadas por los Alcaldes "como Delegados de la Administración Central (...), podrá interponerse el de alzada ante el Gobernador Civil", a la vez que se regulaban otro conjunto de materias en las que cabía este tipo de recurso: ciertas sanciones, las más graves a los funcionarios locales; y respecto de las sanciones de los Alcaldes "que no tengan señalado **recurso especial**" (artículo 385).

la actuación municipal en la Instrucción de 1.813¹²⁷, aunque expresamente tal recurso no se establezca en la Instrucción de 1.823 se deduce de la propia posición de los Alcaldes sometidos a la voluntad del Jefe político en los asuntos políticos, mientras que las actuaciones de carácter "doméstico" efectuadas por el Ayuntamiento serían enjuiciadas por las Diputaciones¹²⁸, dado el carácter expresamente atribuido de autoridad superior de los Ayuntamientos, artículo 82.

Regulación procedimental que no se efectúa en el Real Decreto de 1.835 quizás por la especial sujeción de los Ayuntamientos y Diputaciones a la figura del Gobernador Civil¹²⁹, en ese espíritu "estatificador" propio de esta época.

Por contra, la Ley de Ayuntamientos de 1.856 establece expresamente la dependencia jerárquica de los Ayuntamientos, los Alcaldes y los Regidores "de la

¹²⁷.- Así se deduce del significado del artículo XVIII, Capítulo I, en cuanto legitima a los vecinos para interponer recurso ante el Jefe político contra "providencias económicas o gubernativas dadas por el Ayuntamiento o por el Alcalde, sobre cualquiera de los objetos que quedan indicados".

¹²⁸.- Así en esta Instrucción se señala cómo cabe interponer recurso ante las Diputaciones Provinciales por los temas de reparto de las contribuciones, "quejas de agravios", materias de Abastos, propios, Pósitos "y demás negocios que pertenecen **privativamente** á las atribuciones de los Ayuntamientos"; de lo cual cabe inferir que las recursos contra actuaciones privativas corresponderá a las Diputaciones y a los Jefes políticos en cuanto hagan referencia a los asuntos públicos.

¹²⁹.- Hasta el punto de que en los artículos 36, apartado 17º, y 48, 7º, se regula la necesaria intervención, para la aprobación o para su resolución, de un conjunto de materias básicas para la vida de las Entidades locales que quedaban atribuidas a los Gobernadores Civiles, en asuntos que hasta la fecha eran reconocidos como privativos de aquellas: arrendamiento y venta de fincas así cómo la fijación de su precio, realización de obras públicas, disfrute de los pastos y demás aprovechamientos comunales, etc.

Diputación y de Gobierno de la provincia según los casos", artículo 238; por lo que, por tanto, no podrían sino exponer a estos superiores "en términos decorosos lo que se les ofrezca y parezca, y si no obtuviesen reparación, acudir en queja al Gobierno", artículo 239.

Lo que se repite, con otro tenor literal, en la Ley municipal de 1.877 que declara al Ministro de la Gobernación como el "*Jefe superior de los Ayuntamientos*".

Pero es en el contenido de los Estatutos municipal y provincial de Calvo Sotelo donde se suprimen expresamente los controles estatales, en caso de diferencia de voluntad, el Estado debía impugnar las actuaciones locales ante los Tribunales de Justicia.

Durante el régimen franquista, pese a conservarse la existencia de recurso de Alzada contra actuaciones de los Alcaldes, artículos 383 y 385 del Texto de Régimen Local de 1.995, su ámbito se reduce básicamente a las actuaciones de los Ayuntamientos en materia estatal, pues se centraba en las resoluciones dictadas "*como Delegado de la Administración central*"; articulando, además, un **novedoso** sistema de control de las Entidades locales con la creación de entidades complementarias de la organización local que asumen parte de sus funciones.

Así, la Comisión Provincial de Servicios Técnicos pasó a convertirse en el elemento de estatización de la actividad de las Entidades locales, sobre la base de una composición mayoritaria de funcionarios estatales y el incremento de sus competencias en detrimento de las locales¹³⁰.

¹³⁰. - ALBI, F., *La crisis del Municipalismo*, cit., pág. 408, señala que este organismo estatal sirvió para "acentuar su estatización y su intervencionismo absorbente, de tal forma que, en la práctica, en todo lo que afecte las inversiones y realizaciones de equipo de las entidades municipales, habrán de entender las Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos".

b) Nombramiento de los cargos superiores de Ayuntamientos y Diputaciones: Alcaldes y Presidentes de Diputación.

Es ésta una de las características¹³¹ esenciales para determinar la situación de las Entidades locales en nuestro Derecho a lo largo de la Historia contemporánea de nuestro

¹³¹.- Característica sobre la que GALLEGO ANABITARTE, A., "Transferencias y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda", R.A.P. n° 122, mayo-agosto 1.980, pág. 16 y sgs, construye las distintas categorías en que pueden englobarse los Ayuntamientos habidos en el periodo constitucional de nuestro país.

Este autor no se fundamenta tanto en el binomio, "centralización-descentralización", sino en el de "democracia-autoritarismo", considerando que los periodos del liberalismo se caracterizan por la existencia de Ayuntamientos democráticos (pues actuaba el principio de representatividad y el sistema electivo de los órganos de gobierno).

Por ello considera que se puede "calificar de escándalo historiográfico: la conciencia vulgar y culta española sobre los últimos ciento ochenta años de la evolución de los Municipios y Provincias en España (...); se obliga a afirmar frente a una **visión lineal** de una tradición centralista que va retrocediendo ante el avance de la descentralización, proceso que culmina en 1.978, en España han existido cuatro distintos tipos de Ayuntamientos: el Ayuntamiento constitucional (1.812-1.814; 1.820-1.823; 1.836-1.843; 1.854-1.856) con poderes y amplias facultades decisorias sólo revisables por la Diputación; el Ayuntamiento moderado, con sometimiento del Ayuntamiento y la Diputación al Jefe político y al Gobierno (1.845-1.868); el Ayuntamiento democrático revolucionario (1.868-1.875); el Ayuntamiento de la Restauración (1.876-1.923): oligarquía y caciquismo".

Si bien resulta innegable esta realidad normativa sobre la elección de los Alcaldes de los Ayuntamientos, no es menos cierto que ello en absoluto se acompaña con otras características imprescindibles en esta **visión lineal**: incremento de las competencias locales; configuración política de los Ayuntamientos; no subordinación jerárquica de éstos a la Administración estatal; inexistencia de recursos de alzada, etc.

Todo este conjunto de circunstancias referidas, incluso las de índole ideológica, nos hacen mantener una posición contraria; máxime ello cuando la elección de los Alcaldes por los concejales o Regidores tampoco tiene porqué significar una democratización de los municipios, pues, a parte de ya reseñado, nada nos hace pensar que existiese un debate político en estas entidades; más bien, y posiblemente ello fuese así, únicamente existiría una lucha de los "notables locales" sin ninguna participación de la sociedad.

Y es que, además, el Presidente de la Diputación siempre ha sido el Jefe Político o Gobernador Civil, por lo que quedaba muy relativizada la "hipotética" situación democrática de los municipios, dada la subordinación de los Ayuntamientos de éstos a la Diputación.

país; el nombramiento de Alcaldes y Presidentes de Diputación ha estado a veces en manos del Gobierno, y otras ha sido puesto en la de los vecinos o en los concejales, en el caso de la elección de los Alcaldes, pues el Presidente de la Diputación ha sido generalmente el Jefe Político o Gobernador Civil.

Si bien el nombramiento de los Alcaldes se determinó como competencia de los vecinos en la Constitución de 1.812, dada la subordinación que de los Ayuntamientos se hacía a las Diputaciones, cuyo presidente sí era nombrado por el Rey, éste pasaba a controlar la actuación del Alcalde.

Además ni el Alcalde ni el resto de los miembros del Ayuntamiento representaba a la colectividad local, como pretende Gallego Anabitarte¹³², sino que esta solución fue adoptada

"en la persuasión de que desempeñaría mejor su cargo y correspondería a la confianza que los ha distinguido"¹³³.

Esto es, no se procedió a otorgar el carácter

¹³².- En "Transferencias y Descentralización ...", cit., pág. 16 y sgs.

¹³³.- Y es que en el discurso tantas veces citado del Conde de Toreno descansa todo un ideario liberal: la soberanía y el poder político están en el Estado -Cortes y monarca-, las Entidades locales no son sino meros agentes del poder ejecutivo.

representativo o democrático por esta elección, pues ello hubiese sido optar por una configuración política de los municipios, lo que en modo alguno llega a suceder tal y como venimos relatando. Y es que esta solución únicamente parece ser consecuencia de la perspectiva fisiocrática que anima esta regulación normativa que al concebir a los municipios como asociaciones de personas para "promover sus propios intereses; nadie mejor que ellos es capaz de adoptar medidas oportunas"¹³⁴.

Estableciéndose con posterioridad en el Real Decreto de 1.835 que los Alcaldes fuesen nombrados por la Corona o el Gobernador Civil, según la población, de entre los Regidores con mayor número de votos; situación que se repite en la Ley municipal de 1.840, luego modificada en 1.843 para que se procediese al nombramiento del Regidor más votado.

Situación de designación real que acontece en las Leyes de 1.845 y 1.877; entre ambas la Ley municipal de 1.870 establece la elección del Alcalde por los concejales, cómo también establece el Estatuto municipal.

Llegándose en el período franquista al nombramiento de los Alcaldes, bien por el Gobernador Civil o por el Ministro de la Gobernación:

¹³⁴.- ARGÜELLES, A., DE., *Discurso preliminar ...*, cit., pág. 115.

"El Gobernador civil es Presidente nato de la Diputación Provincial y en tal concepto le corresponde presidir con voto la Diputación y la Comisión de Servicios Técnicos cuando asista a sus sesiones pudiendo convocarlas con carácter extraordinario",

quedando también su cese en manos del Ministro, situación esta que evidencia una fuerte posición de preponderancia del Estado sobre las Entidades locales.

c) Inseguridad sobre la configuración dogmática de estas relaciones.-

Analizado el contenido de los controles del Estado sobre las Entidades locales en el período histórico estudiado y bajo los parámetros de los conceptos de jerarquía y tutela, la situación de éstas no puede ser encuadrada claramente en ninguno de ellos.

Mientras que puede referirse como de tutela estas relaciones por cuanto existe una pluralidad de personas jurídicas diferenciadas; también podría encuadrarse en la jerarquía al existir Recursos de Alzada.

Ello conlleva que no podamos obtener una respuesta **unívoca**, en sentido dogmático, a esta realidad normativa estudiada.

Y esta misma confusión se advierte en la doctrina de nuestro país, pues si bien la doctrina coétana a las reformas franquistas del Régimen Local parece inclinarse por la existencia de un situación de tutela, el argumento de la dualidad de personas jurídico-públicas parecía suficiente para llegar a esta conclusión jurídica; no

obstante pronto surgieron opiniones contrarias bien cualificadas¹³⁵, que advirtieron la existencia de una posición de subordinación de las Entidades locales respecto del Estado, subordinación que englobarían controles de jerarquía y de tutela¹³⁶, actuando la jerarquía cuando los entes locales cumpliesen funciones estatales.

En igual sentido Baena evidencia supuestos en los que "la Provincia depende muchas veces del Estado de una manera total"¹³⁷, lo que le lleva a concluir que las relaciones con el Estado serán de dos tipos, "como las existentes entre dos personas jurídicas separadas y distintas, interviniendo los órganos de la superior únicamente para homologar las decisiones de los órganos de la inferior; o como las que se dan entre personas jurídicas que incidentalmente pueden integrarse en una organización común"¹³⁸, en las primeras actuaría "la tutela concebida al modo tradicional", mientras que en la segunda operaría una suerte de "sustitución conferida al Gobernador" para la gestión de intereses estatales y con la existencia de relaciones de

¹³⁵.- ENTRENA CUESTA, R., "Introducción al estudio de las relaciones entre la Administración central y la Administración local" en *Problemas políticos de la Vida local*, tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.962, pág. 140 y sgs; igualmente, BAENA DEL ALCAZAR, M., "Relaciones entre Provincia y Estado en el aspecto orgánico", *R.E.V.L.*, n° 144, noviembre-diciembre 1.965, pág. 847 y sgs.

¹³⁶.- GARCIA DE ENTERRIA, E., cit., pág. 137.

¹³⁷.- BAENA DEL ALCAZAR, M., cit., pág. 851, señala el supuesto contenido en el artículo 381 de la Ley de Régimen Local de 1.955: "*Las cuestiones que se produzcan sobre incapacidades, excusas o incompatibilidades de los miembros de las Corporaciones locales serán resueltas por los Gobernadores civiles y contra su resolución podrá recurrirse en alzada ante el Ministerio de la Gobernación sin que quepa ulterior recurso*".

¹³⁸.- BAENA DEL ALCAZAR. M., cit., pág. 853.

jerarquía¹³⁹.

¹³⁹.- En el fondo en la explicación de BAENA DEL ALCAZAR. M., *cit.*, pág..., late la insatisfacción de las explicaciones que los autores de la época habían ofrecido a la posición del Gobernador civil construída en el artículo 266 de la Ley de Régimen Local.

Normativa que GARCIA DE ENTERRIA, E., "La Provincia en el régimen local español" en *Problemas actuales de régimen local*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1.958, pág. 26, entiende que otorga al Gobernador una presidencia "honoraria", aunque, como ya ha resaltó BAENA DEL ALCAZAR, M., *cit.*, pág. 846, resulte difícil aceptar que quien "asiste a las deliberaciones y emite después su voto" sea titular de una Presidencia "honoraria".

3º.- Una posible explicación de las relaciones de la Administración del Estado y las Entidades locales.

Hemos podido comprobar como desde un punto de vista histórico las Entidades locales, municipios y provincias, han estado subordinadas al Estado; esta situación únicamente se ve modificada con los Estatutos municipal y provincial de Calvo Sotelo que adoptan una posición de defensa de la autonomía de las Entidades locales, pese a todo lo cual no nos ha sido posible incluirlas en el concepto de jerarquía, según hemos visto.

Y es que precisamente el problema se suscita cuando se pretende clasificar en conceptos jurídicos previos la situación histórica de nuestro Derecho local; resulta evidente que las Entidades locales han tenido una posición de **subordinación** político-administrativa respecto del Estado: ni han gozado de funciones propias, ni de posibilidad de oponerse "jurídicamente" a las directrices del Estado.

El argumento que debe indicarnos uno u otro instituto será el **contenido efectivo de la voluntad que se hace prevalecer**, más que los medios o las entidades,

personificadas o no, que estén relacionados.

Y en este sentido Einsenman ha pretendido configurar una nueva teoría sobre la situación y relaciones de los diversos poderes públicos, no en función de una situación **organizativa**, sino **funcional**.

Así este autor define las actividades centralizadas como "les activités dont la maîtrise appartient à un organe central, c'est-à-dire unique pour toute l'Etat, sans distinction de parties¹⁴⁰"; a medida que esta actividad sea participada por otros órganos "no centrales", se irá desplazando de una **centralización perfecta** a una **centralización imperfecta**, cuyo grado más extremo será la **descentralización**.

De esta forma podríamos definir la jerarquía, siguiendo a Eisenmann¹⁴¹, como el derecho de un agente, en sus relaciones con otro, de hacer **prevalecer su voluntad**, sea dirigiéndole sea corrigiéndole, sin que tenga que entrar necesariamente dentro de su organización¹⁴².

¹⁴⁰.- EINSENMANN, CH., "Centralisation et Décentralisation", R.D.P., 1.947, pág. 254.

¹⁴¹.- EISENMANN, CH., "Centralisation et Décentralisation", cit., pág. 257. Sin que efectuemos nosotros la distinción propuesta por este autor entre "autoridad jerárquica", como género o principio de relación, y "poder jerárquico", como conjunto de medios técnico-jurídicos que permiten asegurar esta autoridad.

¹⁴².- Este concepto de la jerarquía así entendida no lo es en un sentido organizativo, serie de órganos jerarquizados unos a otros, sino relacional, modo en que estos se estructuran; sentido que se encuentra también implícito en la obra de NIETO, A., "La Jerarquía...", cit., pág. 28, cuando señala cómo la

Y es que esta "prevalencia de voluntad" ha existido entre los órganos del Estado frente a los locales, fundamentalmente, entre el órgano legislador estatal¹⁴³ que sin ningún límite o condición fija como obligatorio el cumplimiento de su voluntad, y las Entidades locales¹⁴⁴.

En este sentido entendemos que la Historia de nuestro Derecho se rige por una relación de clara **subordinación** de las Entidades locales hacia el Estado, que será calificada, de esta forma y en este sentido, también de **jerárquica** si aceptamos el significado que se propone en este trabajo.

jerarquía se expresa en aquella "potestad de mando del superior y en un correlativo deber de obediencia del subordinado". En este sentido también GALLEGO ANABITARTE, A., "Transferencias y descentralización ...", *cit.*, pág. 9, establece que "el dualismo centralización-descentralización (...) se fija en el grado de independencia o dependencia que ostentan los distintos centros de poder territoriales en un Estado en relación con los órganos no centrales", y ello con independencia de que exista o no una transferencia de funciones, o personas jurídicas distintas.

¹⁴³.- Posibilidad prevista por EISENMANN, CH., *cit.*, pág. 265, cuando admite como más común "entre l'organe législatif central et l'organe administratif non-central".

¹⁴⁴.- Se percibe así como el concepto de jerarquía que otorgamos no es estrictamente administrativo, sino más amplio en cuanto se determina por el contenido de ésta: la prevalencia de voluntades, en suma.

**III.- SOBRE LOS FUNDAMENTOS TEORICO-POLITICOS DE LA
CONFIGURACION DE LAS ENTIDADES LOCALES DENTRO
DE LA TIPOLOGIA DE LAS ORGANIZACIONES PUBLICAS.**

Para formular un encuadramiento teórico¹⁴⁵ que subyaciendo a esta realidad normativa estudiada pueda explicarla, se hace necesario igualmente relacionarla con el concepto de Estado que se pudiera tener¹⁴⁶; porque, en definitiva, aquí no se va a discutir sino del reparto del poder público entre diversos operadores públicos, en nuestro caso el Estado y las Entidades locales.

¹⁴⁵.- GARCIA DE ENTERRIA, E., se ha encargado en nuestro país de resaltar la importancia que en el surgimiento del municipio moderno han tenido ciertas tendencias ideológicas, lo que nos obliga a recorrer el interesante camino de "la historia de las ideas", "Los fundamentos ideológicos del sistema municipal francés", *R.E.V.L.*, n° 117, mayo-junio 1.961, pág. 323,.

¹⁴⁶.- De esta forma se ha manifestado RIVERO, J., en "Les compétences du pouvoir local dans les pays européens. Rapport de synthèse", *La décentralisation en Europe*, Actes du colloque sur "Les compétences du pouvoir local" tenu à Aix en Octobre de 1.980, C.N.R.S., París, 1.981, conclusión I, al señalar cómo la distinta situación de las Entidades locales en los ordenamientos europeos derivará de "l'idéologie de base que l'État a choisie". Situación que en nuestro Derecho ya había puesto de manifiesto POSADA, A., *Evolución legislativa...*, cit. pág. 535, cuando señaló la necesidad de articular una "constitución real del Estado" para solventar el problema de la articulación de las Entidades locales en relación con el Estado, lo que desborda ampliamente la tradicional configuración como "problema de pura administración" o de "mera cuestión legal de **centralización o descentralización** ó de simples resortes de autoridad", puesto que el problema "muy lejos de eso, la reforma local, cuando quiere tocar de veras en la esencia del régimen, entraña hondos problemas constitucionales, de verdadero realismo político"; en igual sentido se expresa más recientemente GARCIA FERNANDEZ, J., *El origen del ...*, cit., pág. 341, cuando considera que "el análisis del régimen municipal es indisociable del sistema constitucional, en cuanto aquel es expresión de la existencia de un poder local que va a insertarse en el conjunto de poderes que la Constitución organiza".

En definitiva, no nos proponemos otra misión que la de determinar el conjunto de **ideologías** que hayan podido influir en la configuración histórica de las Entidades locales, y aún con el riesgo de que, como señala Lalinde Abadía, no resulta posible hablar de imparcialidad en la historia o de los historiadores, por lo que habrá de "insertarse la valoración de dicha ideologías a través de la distancia que ha separado la **idea** de la **realidad**"¹⁴⁷; pero aunque aceptemos la existencia de esta separación, no es menos cierto que cómo señalara Brinton "sin el concurso de la gasolina y la chispa no funciona el motor; sin el de las ideas y los intereses (o apetitos, o estímulos, o hechos materiales), ni viviríamos, ni funcionaría la sociedad humana, ni existiría una Historia de la humanidad"¹⁴⁸.

Para ello procedemos de la siguiente forma: si entendemos que la noción de Estado no es sino la de una de las instituciones jurídico-políticas en las que modernamente se concreta el concepto de poder¹⁴⁹, debemos, en consecuencia, analizar la concepción y titularidad de éste, (**en qué consiste el poder soberano y quien es su titular**), así como las instituciones que se crean derivadas de la división o reparto de su titularidad o ejercicio.

¹⁴⁷.- LALINDE ABADIA, J., "Apuntes sobre las "ideologías" ...", cit., pág. 156.

¹⁴⁸.- Citado por ENTRENA CUESTA, R., "Influencia de Jeremías Benthan en el moderno sistema inglés de régimen local", *R.E.V.L.*, 1.957, pág. 509.

¹⁴⁹.- Como señala BEAUD, O., "Ouverture: L'honneur perdu de l'État?", *Droits. Revue Française de Théorie Juridique*, n° 15, vol I., pág. 7.

A) EL CONCEPTO DE SOBERANIA COMO INSTRUMENTO DE REPRESENTACION JURIDICA DEL PODER.

Resulta especialmente necesario indicar cómo el concepto de soberanía¹⁵⁰, sin ninguna otra especificación, significó desde sus primeros orígenes la justificación del poder supremo, omnímodo e irreductible, y que en un momento histórico determinado fue utilizado por los teóricos del absolutismo para justificar la imposición de la monarquía sobre la nobleza y el pueblo llano¹⁵¹.

¹⁵⁰. - Concepto del que SCHMITT, C., *Estudios Políticos*, Madrid, 1.941, pág. 50, señala que es el punto de unión de lo fáctico y lo jurídico.

¹⁵¹. - ESMEIN, A., ha realizado un breve estudio histórico de este instrumento que, según este autor, evolucionó de constituer un elemento evidente de participación de los ciudadanos: "ce qui est établi dans l'intérêt de tous doit être réglé par les intéressés", para tomar otro significado cuando es utilizado en las luchas políticas para limitar o ampliar la responsabilidad de los monarcas: "les théologiens qui volent établir alors la pleine supériorité de l'Eglise et du concile général sur le pape, furent à affirmer au profit de toute communauté politique la pleine souveraineté, pour transporter cette doctrine de l'Etat dans l'Eglise"; volviendo a renacer por el impulso de aquellos autores que en la Francia de los siglos XV y XVI pretendieron establecer un poder real absoluto, *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, 7ª ed., Sirey, París, 1.921, pág. 291 y sgs..

En este sentido BODIN, J., *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 1.986, trad. esp. BRAVO GALAN, P., constituye uno de los pilares básicos en la construcción de la monarquía absoluta, y es que cómo señala BRAVO GALAN, P., en el "Estudio Preliminar", pág. LV, que precede a esta obra, el concepto de soberanía se destacó como elemento esencial para que "una vez roto el orden político tradicional, montado sobre la base de las relaciones de dependencia personal entre señores y vasallos, se sintió la necesidad de conceptuar jurídicamente la sumisión del súbdito al príncipe, desplazando el centro de imputación de la obligación política de los intermedios al Estado". En esta situación la obra de BODIN significa la atribución de la soberanía al Estado, que deberá actuar en su forma más conveniente: la Monarquía ("Es posible que la soberanía, indivisible e incommunicable, resida en uno sólo, en la parte menor de todos o en la mayor parte", Libro II, Capítulo 7º, pero "si se trata de mandar, uno sólo lo hará mejor", Libro VI, Capítulo 4º).

1º.- Evolución histórica del concepto de soberanía.

Siguiendo la evolución histórica que nos ofrece Fleiner-Gerster¹⁵², el concepto de soberanía parte de la identificación que se hizo ya en el Imperio Romano entre el poder, el derecho y la religión, para revestir a todos ellos de un origen sagrado y de imposible modificación. Con la llegada de la religión cristiana, y para salvar los conflictos con el Estado romano, aquella se ve compelida a declarar una separación entre la Iglesia y el Estado¹⁵³, que, no obstante, ha significado cuanto menos una notable influencia del poder religioso en el temporal.

En plena Edad Media, y para apoyar la lucha que venían sosteniendo los príncipes con la nobleza e incluso con el papado, Bodino utiliza el concepto de soberanía como atributo de la actuación irrefrenable de los monarcas, que

¹⁵²-. FLEINER-GERSTER, TH., *Théorie Générale de l'Etat*, Presses Universitaires, París, 1.986, pág. 177.

¹⁵³-. FLEINER-GERSTER, TH., *cit.*, pág. 178, opina que la célebre frase "Renez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu" es una muestra inequívoca de esta posición del cristinismo. Señalando BRAVO GALA, P., en su "Estudio Preliminar", *cit.*, pág. LVII, que el concepto de soberanía va conformándose sobre conceptos tales como los de "auctoritas" y "potestas". Así, "en 1.315 un jurista siciliano (Bartolomé de Capua) escribe: Multi sunt reges Romano Imperio, qui vel ex prescriptione vel ex alia antiqua consuetudine vel de facto non recognoscunt Imperatore, ut Rex Franciae ut Ultamontani". Tal situación llevó a reconocer al rey como titular, en su esfera, de los poderes imperiales, transfiriendo así a los reyes la "plenitudo potestatis" que, en un principio, había sido ya reconocida por el Papa al Emperador, en tanto que aquél se reservaba la "auctoritas pontificium".

no debían así dar cuenta de sus actos sino ante Dios¹⁵⁴; lo que significó también la posibilidad del monarca de dictar leyes dependiendo únicamente de su deseo, siempre que no fuesen contrarias a las leyes divinas y naturales.

Las consecuencias de esta teoría de Bodino supusieron la construcción de un Estado indivisible e independiente frente al exterior y frente a las fuerzas internas; todas ellas deben respetar al Estado y al monarca, dada la identificación efectuada entre ambos¹⁵⁵.

Esta construcción de Rousseau se efectúa sobre la base del **pacto social** que surge de la unión de la fuerza común y los bienes de cada asociado, unión que se realiza sin ninguna condición -alienación total de cada asociado-, de forma que "se donnant à tous ne se donne à personne"; de esta forma el pacto social habrá de ser entendido como: "chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale et nous recevons en corps chaque membre comme partie indivisible du tout"¹⁵⁶, del cual surgirá una persona

¹⁵⁴.- ESMEIN , A., *Eléments ...*, cit., pág. 291 y sgs.; y es que BODINO entendía que quien ostentase la soberanía estaba excluido del deber de obediencia y su persona estaba exenta en términos de Derecho y sólo obligada a dar cuenta de sus actos a Dios, Libro I, Capítulo VIII, pág. 47 y sgs.

¹⁵⁵.- Y es que este autor configura la soberanía como "el poder absoluto y perpetuo de una República", Libro I, Capítulo 8º, pág. 47; tratándose pues de un poder perpetuo, propio, inalienable e imprescriptible y configurándose como un elemento esencial de la configuración del Estado: "del mismo modo que el navío es sólo madera sin forma de barco, cuando se le quitan la quilla que sostiene los lados, la proa, la popa y el puente, así la república sin el poder soberano que une todos los miembros y partes de ésta y todas las familias y colegios en un sólo cuerpo, deja de ser república", Libro I, Capítulo 2º, pág. 17.

¹⁵⁶.- ROUSSEAU, J.J., *Du Contrat social*, Messidor, París, 1.987, pág. 98.

jurídica que llamaremos Estado, cuando sea pasivo, y **soberano**, cuando sea activo.

De esta forma se reconstruye el concepto de soberanía como el poder del Estado cuando es ejercido siempre para la consecución de la "volonté générale", que será así **inalienable**, pues el poder puede transmitirse pero no la voluntad; **indivisible**, pues la voluntad ha de ser la del cuerpo del pueblo y no la de alguna de sus partes, e **infalible**, pues al no existir asociaciones parciales de ciudadanos, la reflexión es efectuada por cada miembro y explicitada únicamente desde el Estado¹⁵⁷.

La soberanía resulta ser así pues un instrumento político y jurídico¹⁵⁸ que permite la imposición del poder real y la construcción efectiva de los Estados modernos, y que fue utilizada en la Revolución francesa, manteniendo en términos generales su configuración, con la única modificación del cambio de titular, la Nación sustituye al rey¹⁵⁹.

¹⁵⁷.- ROUSSEAU, J.J., *cit.*, págs. 110 y 111.

¹⁵⁸.- Puesto que la soberanía puede ser entendida, tal y como fue formulada por BODINO, desde una perspectiva **política**, como poder de mando sobre el resto de personas, o **jurídica**, como competencia suprema que permite adoptar normas jurídicas y resoluciones particulares obligatorias; según señala FLEINER-GERSTER, TH., *cit.*, págs. 186 y 187.

¹⁵⁹.- En este sentido se expresa HAURIOU, M., *Précis de Droit Constitutionnel*, 10ª ed., C.N.R.S., París, 1.929, pág. 242, al considerar que el concepto de soberanía nacional consiste en que la "propriété des institutions de gouvernement possède du côté de la nation après avoir été du côté du roi"; e igualmente NEZARD, H., *Elements du Droit Public*, 6ª ed., Rousseau et Cie., París 1.938, pág. 11, cuando señala cómo la Revolución francesa no significó, en términos de soberanía, sino la modificación del titular: "la déclaration, à la souveraineté de droit divin qui faisait du roi le maître de ses sujets, à substitue la souveraineté nationale qui donne à l'ensemble des citoyens le droit

2º.- Soberanía y titularidad del poder originario.

Siendo ello así, la soberanía resultará ser el atributo jurídico que nos permite determinar **cúal** es el contenido del "poder originario" que corresponde a la Nación y es ejercido por ella a través del Estado¹⁶⁰; mientras que el resto de personas o entidades que ejerciesen el poder sólo podrían hacerlo a título "no originario" sino "derivado"¹⁶¹: traslación de las funciones del detentador a otras entidades, entre ellas las locales¹⁶², que lo ejercerán por delegación o en función de cualquier otro título jurídico que permita seguir conservando su titularidad a la Nación, a través del

de déterminer la forme du gouvernement et d'organiser les pouvoirs publics par une Constitution".

¹⁶⁰.- Es ésta precisamente la conclusión jurídica elaborada por los Revolucionarios franceses, soberanía nacional, frente a la construcción **rousseauiana** de soberanía popular; de esta forma la soberanía es una e indivisible y pertenece a la Nación, como "une sorte d'entité abstraite et indivisible qui ne se confond pas avec l'ensemble des individus qui la composent" DEBBASCH, CH., BOURDON, J., PONTIER, J.M., et RICCI, J.C., *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, 2ª ed., Economica, París, 1.986, pág. 43, mientras que la soberanía popular pertenecería a cada uno de los ciudadanos en una parte alícuota de forma que si hubiese diez mil ciudadanos, "chaque citoyen a pour sa part la dix millième partie de l'autorité suprême", DEBBASCH,, cit., pág. 43.

¹⁶¹.- Empleando la terminología utilizada por DEBBASCH, CH., ..., cit., pág. 32, cuando consideran que sólo el Estado es titular del poder "à titre originaire", mientras que las Entidades locales actúan por medio de competencias delegadas.

¹⁶².- Como establece AHRENS, citado por AZCARATE. G. DE, "De la Administración provincial y municipal", R.G.L.J., nº80, 1.892, pág. 66, "la obra de destrucción de los municipios ha sido continuada por la revolución à consecuencia de las ideas falsas y abstractas sobre la unidad del Estado y su poder, según las cuales el municipio no existe sino mediante aquél, y no tiene poder sino por delegación del central, no es una individualidad viva, sino una porción del territorio que este ser omnipotente llamado Estado, distribuye en departamentos, cantones y comunes".

Estado.

Y es que el Estado moderno, en el acto mismo de su nacimiento "va a desconocer el valor de cualquier otra sociedad, negando toda otra realidad social que no sea la suya propia"¹⁶³. Por ello no puede sorprendernos en absoluto las históricas palabras del Conde de Toreno considerando que las Entidades locales no pueden ser titulares de la soberanía, pues ésta pertenecía a la Nación, y dada su condición de meros **agentes del poder ejecutivo**¹⁶⁴.

Se declara así, y desde un primer momento de nuestra historia constitucional, la unidad insoslayable del Estado español, no compuesto, pues, por una pluralidad de Entidades locales, sino por una e indivisible Nación soberana¹⁶⁵.

¹⁶³.- MARTIN-RETORTILLO, S., "Presupuestos políticos del Régimen Local", R.A.P. n° 43, 1.964, pág. 12, cuando recogiendo las conclusiones de los revolucionarios franceses hace especial hincapie en el significado del derecho de igualdad y su relación con el dogma de la voluntad general como causa de "la supresión de esas estructuras o instancias intermedias y diversificadoras que pueden alterar la situación del individuo frente al Estado".

¹⁶⁴.- En la "nación no hay más representación que la del Congreso Nacional (...), si fuera alguno según se ha dicho, diríamos que los Ayuntamientos siendo una representación y existiendo consiguientemente como cuerpos separados, formarían una acción separada, una sólo e indivisible nación. **Los Ayuntamientos no son más que unos agentes del poder ejecutivo para el gobierno económico de los pueblos**", citado por POSADA, A., *Evolución legislativa ...*, cit., pág. 57.

¹⁶⁵-. Al respecto resulta muy clarificadora la mordaz crítica que sobre el concepto y significación de "soberanía nacional" realizó en su momento DUGUIT, L., *Traite de Droit Constitutionnel*, 3ª ed., Fontemoing & Cie, París, 1.927, tomo I, pág. 107, al negar el carácter de indivisible de aquél precisamente por la existencia de "collectivites territoriales distinctes de l'Etat et investis de droits de la puissance publique".

La negación de la soberanía a las Entidades locales supuso también la negación de cualquier actividad política de éstas¹⁶⁶, pues tales funciones corresponderán al titular de la soberanía, que actuará así con una indeclinable superioridad, ontológica y teleológica, frente aquéllas.

¹⁶⁶.- AZCARATE, G., DE., "De la Administración municipal y provincial", cit., pág. 529, ya explicaba "en términos de soberanía" la diferencia entre el municipio romano (de carácter administrativo) y el de la Edad Media (de carácter político): "Roma afirmaba siempre su poder, el **imperium**, y por lo mismo nunca podía llegar a conceder a los municipios la independencia política (...); Por el contrario, el municipio de la Edad Media adquiere, con la libertad civil, la política (...), y de aquí que tiendan a constituirse en Estados independientes ó repúblicas en muchas partes, y de aquí que tengan el derecho de declarar la guerra y el poder legislativo, **tan característicos de la soberanía**".

B) EN TORNO A UNA TEORIA DE LA HISTORIA DE LAS
IDEOLOGIAS QUE SUBYACEN A LAS DISTINTAS
CONSTRUCCIONES DE LAS ENTIDADES LOCALES.

Son las corrientes liberales dominantes en Europa, a partir del siglo XVIII, y como reacción al decadente sistema absolutista, las que otorgan el soporte teórico para una redefinición de la situación de las Entidades locales en su relación con el Estado.

Hemos visto cómo desde la Baja Edad Media se vino produciendo el ocaso de las ciudades en su relación con el monarca, en un proceso progresivo de intervención real en la Administración municipal, con la pérdida, por tanto, de sus instituciones de autogobierno. Este proceso significó la exaltación máxima del dogma de identificar la soberanía con el Estado, y éste personificado e identificado en la figura del monarca, y de concentración en ella de las diversas manifestaciones del poder público.

1º.- La Teoría Fisiocrática.

Debe destacarse sobremanera la importancia que la escuela de los "Fisiócratas" ha tenido en la construcción de los principios esenciales sobre los que se ha asentado la construcción del municipio moderno¹⁶⁷; como señala Martín Mateo sus ideas sobre la necesaria participación en los sentimientos comunitarios para la constitución de una firme unidad nacional les conducen a apoyar la creación "no [de] una república confederada de pequeñas unidades autónomas, sino de un poderoso Estado cohesivo y monárquico"¹⁶⁸.

Por lo que, como reacción al sistema absolutista despreciado por la sociedad¹⁶⁹, que incluso era antieconómico¹⁷⁰ y poco racionalizado¹⁷¹, se presenta una

¹⁶⁷.- Tal y como ha manifestado reiteradamente GARCIA DE ENTERRIA, E., básicamente en obras como "Turgot y los orígenes del municipalismo moderno", R.A.P. n° 33, 1.960, pág. 79 y sgs.; "La configuración del régimen municipal francés de la Revolución a la Restauración" en *Homenaje al profesor Jordana de Pozas*, tomo III, Madrid, 1.961; ó "Los fundamentos ideológicos del sistema...", cit., pág. 321 y sgs.

¹⁶⁸.- MARTÍN MATEO, R., *El Municipio y el Estado en el Derecho Alemán*, Ed. Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1.964, pág. 43.

¹⁶⁹.- MANZANEDO MATEOS, J.A., "Autogobierno y centralismo en los orígenes del Régimen local francés", R.E.V.L., n° 170, 1.971, pág. 222, señala cómo ya TOCQUEVILLE "afirmaba ser aspiración general, en la última etapa del Antiguo Régimen, obtener leyes generales a las cuales no pudiera oponerse privilegio particular".

¹⁷⁰.- No debe olvidarse que la corriente fisiocrática tiene un indudable componente económico pues pretende servir de solución a la precaria situación de las arcas reales, y ello sobre la base de la primacía de la renta de la tierra

fórmula de descentralización, "como medio de conseguir un elevado espíritu nacional partiendo de la toma de conciencia de la pertenencia a unidades comunales menores, integrantes de otra superior"¹⁷², sin que en ningún momento esta descentralización de funciones tuviese "carácter político-autonómico"¹⁷³.

Por tanto, la obra de Turgot, *Mémoire sur les Municipalités*, que tan notable influencia tuvo en la configuración del municipio moderno en Francia¹⁷⁴, no supone una distribución de funciones entre el Estado y las Entidades locales, sino, por el contrario, **devolver** a éstas un conjunto de actividades serviciales para los vecinos de carácter meramente administrativo, quedando las funciones

pág. 41.

¹⁷¹. - MARTINEZ MARIN, A., *Sistema político-administrativo y Administración consultiva...*, cit., pág. 32, señala cómo también los fisiócratas actúan en cumplimiento de un principio racionalizador de la multiplicidad y variedad de regímenes municipales derivados de la era absolutista y ello "como consecuencia del principio de igualdad" .

¹⁷². - Puede percibirse claramente este espíritu en el contenido del discurso dirigido por el conde de Toreno a las Cortes de Cádiz para defender la concepción del municipio de ella surgido, citado por GARCIA FERNANDEZ, cit., pág. 262:

"Los Ayuntamientos no son más que unos agentes del poder ejecutivo para el gobierno económico de los pueblos; pero (...) se prefiere que estos agentes sean escogidos por sus propios vecinos, en la persuasión de que desempeñarán mejor su cargo y corresponderán a la confianza que los ha distinguido".

¹⁷³. - Pues, como señala MARTIN MATEO, R., cit., pág. 43, el ámbito de las funciones de las Entidades locales será reducido y con previa determinación por el Estado, de esta manera se asegura el reforzamiento del poder real, por cuanto la actuación municipal es consecuencia de la previa habilitación estatal, lo que conlleva la negativa a los municipios de cualquier tipo de soberanía, dado que sus poderes, como señala D'ARGENSON, *Considerations sur le gouvernement ancien et presente de la France*, Amsterdam, 1.764, pag. 23, citado por MARTIN MATEO, R., cit., pág. 43) **son emanados o delegados** del poder real.

¹⁷⁴. - Como se ha encargado de poner de relieve en nuestra doctrina GARCIA DE ENTERRIA, E., "Turgot y los orígenes del ...", cit., pág. 79 y sgs., al considerar que la obra *Mémoire sur les municipalités* "estaba presente en todas las mentes que miraban críticamente la situación política, y no es raro, por ello, que su influjo haya pasado de manera notoria al pensamiento municipal de la Asamblea constituyente".

esenciales de gobierno en manos del monarca¹⁷⁵.

Y ello porque la propia concepción asociativa de tales municipios excluía su naturaleza política¹⁷⁶: si éstos son una asociación de vecinos, será conveniente otorgarles a ellos mismos el cumplimiento de sus "asuntos comunes"; asuntos que serán los propios del hecho de la convivencia y fundamentalmente la ayuda mutua, y que serán calificados como "privativos"¹⁷⁷, "exclusivos" de tales vecinos. Por esto "es privada la sociedad municipal, porque los asuntos alrededor de los cuales se constituye son asuntos propios y privativos de sus miembros, que no afectan como tales a la comunidad política y sobre los cuales ésta no presenta exigencia alguna¹⁷⁸.

Afirmándose la existencia de esta entidad privada como corolario del derecho de "libertad individual", lo que obligaba al Estado a su amparo y garantía, en esta concepción política de tajante separación del Estado y la sociedad, y la exclusión de la existencia de cualquier

¹⁷⁵-. Puesto que el plan propuesto por Turgot era que "le gouvernement ne serait plus surchargé de detail. Il pourrait se librer aux grandes vues d'une sage legislation"; por tanto este Ministro pretendía que el monarca dejase "de statuer sur tout et le plus souvent par des volontés particulières", para proseguir "gouverner comme Dieu par des lois générales", *Mémoire sur les Municipalités*, citado por MARTIN MATEO, R., cit., pág. 44.

¹⁷⁶.- GARCIA DE ENTERRIA, E., "Los fundamentos ideológicos del sistema...", cit., págs. 325 a 327, básicamente.

¹⁷⁷.- MANAZANEDO MATEOS, J.A., "Autogobierno y centralismo", cit., pág. 220, los califica "de cuestiones domésticas relativas a la administración de los pueblos", reservándose, de esta forma, el Estado "una función de control superior".

¹⁷⁸.- GARCIA DE ENTERRIA, E., cit., pág. 326.

"entes intermedios que pudieran interrumpir el canal de comunicación directo del Estado soberano con todos y cada uno de los súbditos¹⁷⁹".

De este modo la conformación de la situación de las Entidades locales no resulta sino el ajuste del régimen local a una concepción política inspirada en el dogma de la voluntad general y el principio de igualdad¹⁸⁰".

Por ello García de Enterría acaba concluyendo que:

"Se ve ahora que, según esta perspectiva, el carácter privado y apolítico del Municipio, era precisamente una exigencia para poder reconocerle autonomía, pues así como el dogma de la "voluntad general" excluía **a radice** la posibilidad de genuinas autonomías políticas, o entregadas a sujetos u organizaciones parciales de carácter político (**societés particulières**, en el sentido del **Contrat social**), así también la idea básica de la separación entre Estado y Sociedad no sólo permitía, sino que enérgicamente postulaba una autonomía de carácter privado y social. La calificación del Municipio como ente privado, no es así un capricho de la doctrina del **pouvoir municipal**, o un a peculiaridad puramente pintoresca de la misma, sino

¹⁷⁹.- CHACON ORTIZ, D., "Notas jurídicas sobre la Descentralización y el Régimen local español", en el libro de TUSELL GOMEZ, J., *La Reforma de la Administración Local en España (1.900-1.936)*, I.N.A.P., Alcalá de Henares, 1.987, págs. 255 y 256.

¹⁸⁰.- MARTIN-RETORTILLO, S., "Presupuestos políticos del Régimen local", cit., pág...

precisamente su propio soporte y fundamento¹⁸¹".

La cita es larga pero evidencia la conformación de los municipios en la ideología fisiocrática que aceptada en la Revolución francesa y en las reformas napoleónicas constituyó el modelo del municipio francés y también el español surgido de la Constitución gaditana.

Esta en esta línea la parte del Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz que señala:

*"Los vecinos de los pueblos son las únicas personas que conocen los medios de promover sus propios intereses; y nadie mejor que ellos es capaz de adoptar medidas oportunas, siempre que sea necesario el esfuerzo reunido de algunos o muchos individuos (...), y jamás se ha introducido doctrina más fatal a la prosperidad pública que la que reclama el estímulo de la Ley o la mano del Gobierno en las sencillas transacciones de particular a particular, en la inversión de los propios para beneficio común de los que cuidan, producen y poseen, y en la aplicación de su trabajo y de su industria, objetos de utilidad puramente local, y relativa a determinados fines"*¹⁸².

De esta forma la situación de los municipios no será sino estrictamente instrumental, para la gestión de los

¹⁸¹.- GARCIA DE ENTERRIA, E., cit., pág. 327.

¹⁸².- ARGUELLES, A. DE, *Discurso preliminar ...*, cit., pág. 115.

asuntos administrativos, por delegación o devolución del poder real, y de los **proprios** de la comunidad de vecinos que componen estos municipios, "**affaires propres**", siendo ello básicamente el núcleo de la concepción de la teoría del "pouvoir municipal"¹⁸³.

Esta elaboración doctrinal tuvo su reflejo durante el período revolucionario francés en el ya célebre Decreto de 14 de diciembre de 1.789¹⁸⁴ cuando estableció que:

"Les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir, les unes propres au pouvoir municipal, les autres propres à l'administration générale de l'Etat et déléguées par elle aux municipalités".

Y ello aún aceptando el posible origen **natural** de los municipios¹⁸⁵, puesto que éstos debían ceder ante las actuaciones del Estado para la puesta en práctica de una

¹⁸³.- Que, como veremos en la Parte Segunda de este trabajo, se opone radicalmente al concepto de Autonomía local.

¹⁸⁴.- En este sentido se expresa con rotundidad GARCIA DE ENTERRIA, E., "Turgot ...", cit., pág. 103.

¹⁸⁵.- Cuyo más brillante defensor ha podido ser TOCQUEVILLE, A., *De la Démocratie en Amérique*, 14ª edición, tomo I, Ed. Michel Lévy Frères, París, 1.864, pág. 95, cuando en unas palabras realmente llenas de emoción señalaba "la commune paraît sortir **directement des mains de Dieu**"; aunque era muy consciente de los peligros que para éstas acarrea la consolidación de los Estados modernos, "Mais si la commune existe depuis qu'il y a des hommes, la liberté communale est chose rare et fragile".

buena administración¹⁸⁶.

¹⁸⁶.- Un ejemplo notable de esta concepción se puede encontrar en la obra de POSADA HERRERA, J., DE., *Lecciones de Administración*, 2ª ed., I.N.A.P., Madrid, 1.988, pág. 118 y sgs., cuando aceptando el carácter natural de las relaciones entre los vecinos de los Ayuntamientos, "que ni la fuerza de la administración por grande que sea puede destruirlos", concluye como necesario para alcanzar los verdaderos resultados de la administración que éstos se ecuentren sometidos jerárquicamente a los órganos superiores del poder ejecutivo, en cuyo vértice superior estaría el Rey, "de esta manera la acción del poder ejecutivo se comunica desde la capital de la monarquía hasta la aldea mas remota", pág. 129.

2º.- La concepción de los Liberales doctrinarios.

Esta corriente ideológica que tiene su engarze con la ya referida por los fisiócratas, surgió en Francia después de la Restauración como superación al antagonismo de la aristocracia y la burguesía, tiene en la obra de Constant su más brillante defensor y en la concepción del poder local una de sus más importantes postulados¹⁸⁷.

Las Entidades locales son configuradas como un "cuarto poder" (pouvoir municipal) junto al legislativo, ejecutivo y judicial; configuración doctrinal que tiene una doble finalidad: "garantizar que el Parlamento tendrá un ámbito propio, como sede de la acción política, y hacer de cada municipio un lugar de iniciación de la gestión pública que compensara a la nobleza rural su limitada presencia en el Parlamento"¹⁸⁸.

Y es que para estos **doctrinarios** "donde quiera que existan cierto número de habitaciones vacías hay intereses comunes de seguridad, de comodidad, de salubridad y a

¹⁸⁷.- Así CONSTANT, B., *Principio de política*, trad. esp. SANCHEZ MEJIA, M^a. L., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.989, pág. 122, señala que para el Gobierno "después de la defensa nacional, el poder municipal era el asunto más importante que puede ocupar su atención".

¹⁸⁸.- GARCIA FERNANDEZ, J., en la Introducción a la traducción de la obra de HENRION DE PANSEY, P.P.N., *Del poder municipal y de la policía interior de los municipios*, MAP, Madrid, 1.990, págs. 19 y 20.

menudo de propiedad, enteramente distintos de los intereses generales, los que forman el municipio"¹⁸⁹.

De esta forma Constant concluye manifestando la necesidad de permitir a las Entidades locales regular sus propios intereses, "lo que interesa sólo a una parte, se debe decidir sólo por ésta"¹⁹⁰. Para explicarlo ponía este ejemplo:

"Imaginemos una nación de un millón de habitantes, repartidos en un número cualquiera de municipios: en cada municipio, cada individuo tendrá intereses que sólo le conciernen a él, y que, por consiguiente, no deben ser sometidos a la jurisdicción del municipio. Habrá otros que interesarán al resto de los habitantes del municipio, y tales intereses serán de competencia municipal. Esos municipios a su vez tendrán intereses que sólo afectan a ellos, y otros que se extenderán a toda la región. Los primeros serán de competencia exclusivamente municipal, los segundos de competencia de la región, y así sucesivamente hasta llegar a los intereses generales, comunes a cada uno de los individuos que forman el millon que compone la población.

¹⁸⁹.- GARCIA DE ENTERRIA, E., "Los Fundamentos ideológicos del sistema municipal francés", *R.E.V.L.*, n° 117, 1.961, pág. 329, que imputa esta definición de las funciones de los municipios a ROYER-COLLARD.

¹⁹⁰.- CONSTANT, B., *cit.*, págs. 122 y 123.

Es evidente que el conjunto de la población, o sus representantes, sólo tienen jurisdicción sobre este último tipo de intereses: y que si se inmiscuyeran en los intereses regionales, municipales o individuales, se exceden de sus competencias. Y lo mismo sucedería con la región que se inmiscuyera en los intereses particulares de un municipio, o con el municipio que atentara contra el interés puramente individual de alguno de sus miembros".

Y es que esta ideología del "pouvoir municipal" se hace descansar sobre la **santidad** del principio de la libertad individual, plasmada también en las asociaciones civiles que se conforman por las personas: de municipios y regiones; ya que "en todo aquello que no tiene ninguna influencia sobre la asociación general, queden perfectamente independientes, y que, **igual que en la existencia individual** la parte que no amenaza en nada al interés social debe permanecer libre¹⁹¹.

Por lo que el poder local era así definido, en relación con el pueblo, como su "apoderado para los asuntos que sólo les conciernen a ellos"¹⁹²; de esta forma la "administración municipal está sometida rigurosamente a los

¹⁹¹.- CONSTANT, B., *cit.*, pág. 127.

¹⁹².- CONSTANT, B., *cit.*, pág. 125.

principios del mandato"¹⁹³, por cuanto los municipios no son sino asociaciones naturales y anteriores al Estado, que no hace sino reconocerlos.

En definitiva, esta concepción doctrinal elabora una noción de municipio utilizando conceptos generales del Derecho, teoría de la persona jurídica, en la que la relación con sus vecinos se revela igual que en el Derecho privado: mandatarios elegidos por los miembros integrantes de la persona, municipio¹⁹⁴.

Y es este planteamiento ideológico, en esta versión renovada o en la anterior fisiocrática, la que tiene su influencia en nuestra normativa del régimen local desde la Constitución gaditana de 1.812¹⁹⁵, y puede que durante todo el periodo histórico estudiado, quizás con la salvedad de la "non nata" reforma republicana y los Estatutos de Calvo Sotelo. En una situación también distinta se encuentra el régimen franquista, pero por otras razones ideológicas que estudiamos a continuación.

¹⁹³.- DIEZ DEL CORRAL, L., *El Liberalismo doctrinario*, 1ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.975, pág. 201, y ello a diferencia de lo que ocurre en el orden político que es de orden representativo.

¹⁹⁴.- Tal y como podremos comprobar en la Sección Primera del Capítulo I, de la Parte Segunda de este trabajo.

¹⁹⁵.- ALBI. F., *La crisis del Municipalismo*, cit., pág. 14, señala cómo esta ideología influyó en los textos de las leyes municipales de 1.823 y 1.845. Planteamiento que se ve confirmado luego a nivel normativo en el Preámbulo de la Ley de 21 de octubre de 1.868, en la que se quiere oponer su regulación a la anterior ley municipal de 1.845 que califica de fruto de "las teorías de la funesta escuela doctrinaria, generadora, con su sistema centralizador, de todos los males que han sobrevenido a nuestra patria por el abatimiento y muerte del sentimiento político en todas las localidades". En igual sentido, y respecto de la Ley municipal de 1.845, se expresa AZCARATE, G., *DE, Municipalismo y Regionalismo ...*, cit., pág. 158.

3º.- El orden corporativo de mediados del siglo XX:
dos soluciones radicalmente distintas.

Partimos de una evidencia difícilmente refutable, las dictaduras de Primo de Rivera y Franco se fundamentan en un **orden corporativista** de la sociedad política. Para ambos regímenes todas las entidades políticas tienen una base corporativa, desde la familia hasta el Estado.

No obstante ambas utilizan dos soluciones distintas en la configuración de las Entidades locales; del concepto de **autonomía** evidente en los Estatutos municipal y provincial de Calvo Sotelo, a la rígida subordinación del período franquista.

Y ello no es sino consecuencia de la diversa posición del Estado frente a las Entidades locales: la regulación de Calvo Sotelo se fundamenta en las ideas mauristas del regeneracionismo de la Restauración, en el que los partidos conservadores, como hemos visto, partiendo de una realidad local "caciquil", consideran que puede ser modificada y eliminada sobre la base de una potenciación de los municipios y provincias.

El optimismo consistía en pensar que hay "una naturaleza buena, un conjunto de energías dormidas, más bien oprimidas y ahogadas por la presión de una estructura sobrepuesta¹⁹⁶" que podría salir a la luz con las reformas necesarias, "con una nueva vida local, España resurgiría, desaparecerían los vicios políticos de los españoles y llegará a cambiar el clima político del país¹⁹⁷".

Todo ello no era sino la afirmación más exaltada del individuo y de una visión **romántica** de la bondadosa naturaleza humana.

Frente a ello, el régimen franquista se fundamentaba también en el orden corporativo, pero no partía de esa idea **optimista** del ser humano. El individuo, al contrario, debía ser integrado en el aparato del Estado, que quedaba encumbrado en la figura del Caudillo, por esto también el municipio y la provincia debían estar integrados en esta estructura subordinada a aquél.

¹⁹⁶.- POSADA, A., *Evolución legislativa*, cit., pág. 18

¹⁹⁷.- Así califica TUSSELL COMEZ, J., cit., pág. 216, esta situación histórica.

D) CONCLUSION SOBRE EL MODELO DE ENTIDAD

LOCAL TRIUNFANTE.-

Y no es otra que la del triunfo de los poderes estatales, fueren o no representativos, sobre los locales; bien sean las ideologías **liberales** o **corporativas**, todas imponen la férrea dominación del Estado (Rey, Cortes o Gobierno) sobre las Entidades locales; así cómo su carácter apolítico y meramente administrativo, y al margen de cualquier representatividad de la soberanía titular del poder.

Así, las Entidades locales en nuestro Derecho histórico contemporáneo han sido, en palabras de Rivero, configuradas como organizaciones "administrativas - subordinadas por esencia al Estado¹⁹⁸", e integradas en éste como una modalidad de su administración periférica¹⁹⁹, cuando actuaban funciones públicas, y de realización de

¹⁹⁸.- RIVERO. J., "Les compétences du pouvoir local ...", cit., pág. 280, en la dicotomía de posiciones que pueden ostentar las Entidades locales respecto del Estado, bien "comme des collectivités qui ne se différencient pas fondamentalement par leur nature de la collectivité centrale", o bien ser concebidas "exclusivement comme une collectivité administrative subordonnée par essence à l'État".

¹⁹⁹.- Con esta radical aseveración concluye ALBI, F., *La crisis del municipalismo*, cit., pág. 490, cuando manifiesta con "crudo realismo, expresándose con absoluta objetividad, y tratando de superar a los viejos tabus, habrá que llegar a la conclusión de que el Municipio, en España no es hoy más que una modalidad de la administración periférica del Estado, para atender problemas urbanos, dentro de un sistema orgánico subordinado del propio Estado, en el que se combina un dispositivo de carácter gubernativo con otro de naturaleza representativa, personificado, y con relativa independenci funcional".

actividades serviciales extramuros de la actuación pública del Estado, en otro caso; siendo esta la norma general, las excepciones han sido tan realmente escasas²⁰⁰ que no nos permiten disentir de la formulación global reseñada²⁰¹.

²⁰⁰.- Quizás la regulación normativa de la Dictadura de Primo de Rivera haya constituido la única salvedad a esta línea normativa.

²⁰¹.- Conclusión general de gran importancia pues nos permitirá entender tanto la terminología utilizada en materia local, así como la dificultad de una auténtica reforma en este sector de la organización de los poderes políticos.

En el primer sentido, como han señalado BOURJOL, M., y BODARD, S., *Droit et libertés...*, cit. pág. 11, la asunción de funciones públicas por las Entidades locales supone y es sentida cómo un auténtico "démembrement de l'État, une atteinte à son autorité", de manera que del Estado se ceden estas funciones hacia las Entidades locales, descentralización; negándose que así tales funciones sean consecuencia de un reparto del poder público, realizado por el titular de la soberanía, entre las distintas organizaciones políticas en las que se reúnen los ciudadanos de un país.

En el segundo sentido, esta construcción permite otorgar una amplia libertad de actuación al legislador en esta materia, puesto que él es el único representante de la soberanía; a la vez que permite comprender las dificultades de realizar esta reforma, pues supone tanto como reformar también el Estado (lo que obliga primero a tener una doctrina sobre éste, como ya se evidenció en el Rapport de la Commission de développement des responsabilités locales, más conocido con el nombre de Rapport Guichard, y publicado con la denominación de *Vivre ensemble*, Ed. La Documentation Française, París 1.976, pág. 91.

CAPITULO SEGUNDO

CONFORMACION HISTORICA DE LA
RELACION
DE LAS LEYES Y REGLAMENTOS
CON LAS NORMAS LOCALES

I.- ACERCAMIENTO AL PLANTEAMIENTO TRADICIONAL.

Analizada la posición histórica de las Entidades locales en la arquitectura institucional de nuestro país, como elemento configurado dentro del poder ejecutivo y sirviendo de instrumento para la realización de sus funciones administrativas **más simples**, la situación de las normas jurídicas que éstas dictasen, en principio, no podrían encontrarse sino en esta misma situación de subordinación respecto de las emanadas del único centro de poder con capacidad soberana, cuál era el Estado.

A este proceso de dependencia normativa ha de adicionarse el propio de la tradicional posición de superioridad que en el Derecho público continental han ostentado las normas emanadas de los órganos legislativos respecto de las que dimanaban de los órganos que conforman el llamado, desde Locke y Montesquieu¹, poder ejecutivo; configuración ésta aceptable aunque con las reservas, en determinados períodos históricos, que se tratarán de exponer en este trabajo.

¹.- Y reflejado en sus obras, LOCKE, J., *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. esp., Aguilar, Madrid, 1.969, y en MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, trad. esp., Tecnos, Madrid, 1.985.

A) RELACION DEL PODER LEGISLATIVO Y EJECUTIVO Y
CONSECUENCIAS EN LA RELACION "LEY-REGLAMENTO".

Resulta tradicional en el pensamiento europeo, desde las construcciones iusfilosóficas grecorromanas², considerar que las normas con el carácter de Ley son superiores al resto. La relación "Ley-reglamento", no obstante, no ha sido resuelta, con el paso del tiempo y el surgimiento de los Estados modernos, siempre en favor de la primacía absoluta de la primera, y ello como resultado tanto de la evolución del componente metafísico de ambas categorías³ como de la variedad de procesos histórico-jurídicos sufridos tanto en el Derecho francés como en el alemán, precursores ambos, y en distinta medida, del resto

².- El concepto de Ley ha gozado siempre de un papel destacado respecto del resto de normas jurídicas de una comunidad. De esta forma, como nos recuerda DESTROYAT, H., "Préface historique", *La Loi*, Archives de Philosophie du Droit, Tomo XXV, pág. 8 y sgs, el concepto de Ley ya era conocido por los griegos como el orden cósmico que presidía y gobernaba el mundo y también a los grupos políticos, *nomos*, por lo que ésta era la "reine de toutes les choses"; posteriormente fue retomada por los Padres de la Iglesia y puesta en manos de los juristas de la Edad Media, siempre bajo la nota de la superioridad respecto de cualquier otra norma jurídica.

³.- Para lo cual fue absolutamente imprescindible la aparición del "positivismo jurídico". Esta corriente filosófica surge como reacción contra las teorías clásicas que pretendían obtener el valor del Derecho de las raíces mismas de la Naturaleza. Por contra, para esta corriente existe una prioridad en el estudio del Derecho positivo, y no en el que debiera haber sido dictado; como señala GOYARD-FABRE, S., *Les fondements de l'ordre juridique*, P.U.F., París, 1.992, pág. 97. En este sentido señala ALIBERT, R., *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, cit., pág. 122, que la formulación del concepto de Ley, no sólo en la doctrina francesa sino también en la alemana, reposa sobre la soberanía grecorromana, previa transformación de su carácter religioso, fuente de su infalibilidad y superioridad, por otro metafísico, dado que la ley deja de ser la traducción del derecho natural o de las realidades sociales para convertirse en el acto declarativo de lo que es conforme al interés nacional "hic et nunc".

de Derechos públicos continentales, entre los que se encuentra el nuestro.

1º.- Situación histórica de partida en el Derecho francés y alemán.-

Según ha señalado Rivero, la superioridad de la Ley en el Derecho francés ha sido consecuencia de la concepción democrático-representativa que se predicaba del órgano del cual emanaba, el Parlamento, nacido así directamente de la "volonté de la nation", y, por tanto, el único capaz de expresar, normativamente hablando, tal voluntad⁴.

Al ser así la "Ley" obra del Parlamento, ésta sería la "expresión directa de la volonté générale", estando el resto de normas subordinadas a ella por provenir de órganos que no expresan tal voluntad inoponible, tal y como se configuraba en la visión idealizada sostenida por los revolucionarios franceses; de esta forma se expresaba la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789, artículo 6:

"la loi est l'expression de la volonté générale (...), tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs

⁴.- RIVERO, J., *Droit Administratif*, 2ª ed., Dalloz, París, 1.962, pág. 53; igualmente, BERTHELEMY, H., *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 2ª ed., Ed. Rousseau Cie., París, 1.930, pág. 125, cuando sostiene que la superioridad de la Ley se debe a que ésta es el medio de expresión normativa de la voluntad nacional, por contraposición a los reglamentos que lo serían, exclusivamente, de la voluntad de la autoridad administrativa.

représentants à sa formation"

En este sentido hay que referirse a la definición de la Ley que ya precursoramente había ofrecido Rousseau⁵ desde una perspectiva **formal**⁶, ésta se configuraba como una realidad normativa superior dado su carácter instrumental para la consecución de las aspiraciones más **apreciadas** por la sociedad, voluntad nacional; pese a ello la concepción de Rousseau también contiene un elemento **material** al admitir la existencia de límites a su contenido: cuanto

⁵.- ROUSSEAU, J.J., *Du Contrat social ou principes de Droit politique*, Messidor, París, 1.987, pág. 110, cuando define "las leyes políticas", únicas sobre las que centra su trabajo y con un abandono de las consideraciones de orden metafísico, cómo aquel acto de regulación de una materia general por una voluntad también general.

No obstante existe una diferencia esencial entre el concepto de Ley en ROUSSEAU y el que se acepta por los revolucionarios franceses; según ha puesto de manifiesto CARRÉ DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, París, 1.984, pág. 17 y sgs., el concepto de Ley referido en el artículo 6° de la Declaración de 1.789 se integraba por dos proposiciones:

- a) La Ley tiene por fundamento la voluntad general.
- b) La Ley es realmente obra de la voluntad general y es expresada por el legislativo al representar a la totalidad de los ciudadanos; proposición ésta que ROUSSEAU había negado tajantemente.

⁶.- En este sentido LUCHAIRE, F, "La loi et la volonté générale", incluida en la obra colectiva *La loi aujourd'hui. Recueil des cours*, vol. II, Académie Internationale de Droit Constitutionnel, pág. 13, pone de manifiesto la aceptación que las ideas de ROUSSEAU tuvieron entre los revolucionarios franceses al considerar a la Ley, no desde un aspecto **material** -esto es desde el estudio de su contenido, según había realizado la tradición normativa grecorromana-, sino desde un aspecto **formal** -es decir, haciéndola depender del órgano que era titular de la facultad de crearla-. Ambas perspectivas difieren profundamente dado que desde la primera el contenido de la Ley estaría "predeterminado" por la propia naturaleza de las materias que regulase, mientras que desde la segunda existiría una "absoluta libertad" de actuación (en sentido ontológico), al no ser aquella sino reflejo de la voluntad de la Nación, que no estaría así nunca predeterminada por "algo" superior a ella, concepto éste muy útil, como puede apreciarse fácilmente, en momentos en los que se pretende modificar radicalmente la estructura política de un Estado.

La radical transformación que esta concepción **formal** de la ley produce respecto de las configuraciones materiales anteriores ha sido puesta de manifiesto, como ya hemos visto anteriormente, por ALIBERT, R., *Le contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, cit., pág. 122.

menos, la igualdad⁷.

De esta forma, y como nos recuerda Carré de Malberg, la Ley primará sobre los reglamentos, puesto que aquélla proviene del poder legislativo⁸ (siendo así la expresión de la voluntad general representada por el Parlamento y constituyendo, como tal, obra del poder soberano), mientras que los reglamentos derivan del ejecutivo⁹.

Y es precisamente este carácter de **instrumentalidad**, esto es, la plasmación jurídica de una valoración de orden político-constitucional, el que hace converger las doctrinas francesa y alemana en la elaboración del concepto de la Ley y del significado de su supremacía.

Como ha puesto de manifiesto Mayer, la supremacía de la ley derivaría de los contenidos constitucionales, pues ésta era definida como aquel acto emanado del concurso del príncipe y de la representación nacional siguiendo el procedimiento establecido en la propia Constitución¹⁰; en

⁷.- Como determina claramente ROUSSEAU, J.J., *cit.*, pág. 113 y sgs., en el Libro II, Capítulos IV y XI.

⁸.- CARRÉ DE MALBERG, R., *cit.*, pág. 22.

⁹.- De igual forma HAURIU, M., *Précis du Droit Administratif et de Droit Public Général*, Librairie de la Société du Recueil de Lois & des Arrêts, París 1.901, pág. 28, señala que la supremacía de la ley sobre el reglamento se debe a que éste "il procède pas du même pouvoir, étant l'oeuvre du pouvoir exécutif et nom du pouvoir législatif".

¹⁰.- MAYER, O., *Le Droit Administratif Allemand*, Girard & Briève, vol. II, París, 1.903, págs. 85 y sgs., fundamentalmente, pues en ellas analiza la relación del poder legislativo y ejecutivo.

esta definición se engarza la forma del surgimiento de la leyes: siguiendo el procedimiento establecido por la Constitución, con la **causa de esta fuerza**: el pacto entre el monarca y la sociedad, lo que supone un abandono de la distinción defendida por Laband entre "Ley material" y "Ley formal"¹¹.

De esta forma la primacía de la ley en el Derecho Alemán descansaría en la propia significación de las Dietas, como pacto entre la burguesía y el príncipe, con lo cual se abandona también en este Derecho la significación ontológica de la superioridad de la Ley, por otra más práctica, pero también mucho más modesta, aquélla en la que se configura como instrumento de realización del pacto entre burguesía y monarca¹² que evitase el incremento de la "tensión" social que pudiera abocar en una no deseada

¹¹.- LABAND., P., *Le Droit public de l'Empire Allemand*, trad. francesa de GANDILHON, C., y LOQUIRE, TH., Girard & Briève, vol. II, París, 1.901, pág. 260, cuando considera que la Ley puede tener un doble significado, ley material cuando se refiera al "acte juridique qui établit une règle de droit", y la ley formal haría referencia a la "forme sous laquelle se manifeste la volonté de l'Etat".

Laband, P., pág. 345, utiliza esta expresión para contradecir la posible teoría de la división de poderes en cuanto no sería aceptable otorgar el monopolio del poder supremo al poder legislativo, pues ello supondría contradecir la unidad del Estado alemán; la quiebra de tal monopolio lo encuentra en el concepto de las "leyes materiales" en las que participan otros órganos distintos de aquél, básicamente el monarca.

Por contra MAYER, O., cit., pág. 87, en la nota número 5, niega con absoluta rotundidad la posible existencia de esta dualidad de leyes, al señalar cómo la calificación efectuada por LABAND de "ley material" no era sino una metonimia del lenguaje utilizado, dado que "on appelle loi toute règle de droit parce que d'ordinaire les règles de droit sont contenues dans les lois".

¹².- Como señala HELLER, H., citado por GALLEGO ANABITARTE, A., *Ley y Reglamento en el Derecho Público Occidental*, I.E.A., Madrid, 1.971, pág. 149, las bases ideológico-políticas de la construcción del concepto de Ley en Alemania se deben al pacto de la burguesía liberal con el monarca en el conflicto sobre el presupuesto prusiano.

revolución¹³.

Por tanto en el Derecho alemán, y de manera "similar" a la doctrina francesa¹⁴, la fuerza irrefrenable de la ley derivaría de la voluntad del Estado, establecida en la Constitución, de que ninguna otra fuerza y por ninguna otra vía podría anular o modificar su contenido. Se construye así un concepto **formal** de la Ley como consecuencia de la posición y significación constitucional del órgano u órganos titulares de su elaboración y promulgación, exclusivamente¹⁵.

Reseñada esta **similitud** en la justificación de la supremacía de la Ley, nos encontramos inmediatamente con una diferencia notable entre ambos Derechos; mientras en

¹³.- Así lo pone en evidencia MAYER, O., *cit.*, pág. 24, cuando estudia con detalle la evolución de la relación del monarca con el pueblo en la función legislativa, al señalar cómo se produjo una transformación desde "le régime des droits de superiorité de prince (Ladesherliche Hoheitsrechte)" a una situación en la que el monarca, y con él la totalidad del Estado, están "soumis au régime du droit (Reschsstaat)" como consecuencia de la **victoria** de los Parlamentos sobre los monarcas; que si bien es predicada también por MAYER en el Derecho Alemán, fruto quizás de la impronta que le ocasionó el conocimiento del Derecho administrativo francés como consecuencia del ejercicio por este autor de funciones públicas en territorios alemanes puestos bajo la dirección de Francia tras la I Guerra mundial, no es tan obvio que se produjese en este país; en este sentido GARCIA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel Derecho, Barcelona, 1.988, pág. 33, señala cómo "el principio de la soberanía del pueblo, que llegó a Alemania por la influencia francesa, se abrió paso muy lentamente y de hecho no situaba su poder en un plano de igualdad con el de los príncipes".

¹⁴.- Con la salvedad de que en Francia este poder absoluto correspondía a la Nación, mientras que en Alemania se compartía por ésta con el monarca, como consecuencia de la inexistencia de revolución en este país, tal y cómo vivió Francia a partir de 1.789.

¹⁵.- Llegando HELLER, H., *Teoría del Estado*, trad. esp. de TOBIO, L., Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1.985, pág. 201, a señalar que "nunca ha sido, pues, el contenido normativo el elemento decisivo para distinguir las diversas especies de normas, sino la autoridad a la que se atribuye el establecimiento de la norma".

el francés todo el poder corresponde a la Asamblea legislativa, como órgano de representación del titular de la soberanía (Nación), y dejando al ejecutivo sin ostentar ninguna facultad normativa independiente de la Ley¹⁶; en el alemán las Dietas tenían aquellas facultades colegisladoras amparadas por la habilitación constitucional referida a la regulación de las materias de "propiedad" y "libertad", como fórmula de garantía en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos¹⁷, quedando el resto de materias dentro de la capacidad normadora **genérica** del monarca, quien podría ejercerlas a través de normas jurídicas que no tenían así el carácter de leyes¹⁸.

De esta forma la primacía de la ley sería total en el Derecho francés, mientras que en el Alemán se refería exclusivamente a la materias reseñadas **expresamente** a las Dietas, a través del instrumento de la ley; lo que suponía

¹⁶.- Posición extrema, pero perfectamente coherente con la concepción de la Ley y la división de poderes en la Revolución de 1.789, que llegó en los primeros momentos a una negativa tajante de asunción de funciones normativas por cualquier órgano que no fuese el poder legislativo.

¹⁷.- FORSTHOFF, E., *Traité de Droit Administratif*, traf. francesa de FROMONT, M., Emile Bruylant, Bruselas, 1.969, pág. 210.

¹⁸.- De esta forma STARCK, CH., *El concepto de ley en la Constitución Alemana*, trad. esp. LEGAZ Y LACAMBRA, L., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1.979, pág. 119, señala cómo: "En Alemania se mantuvo una fuerte prerrogativa monárquica creadora del Derecho, con sólidas raíces preconstitucionales y ejercida todavía a veces con tendencias absolutistas. En parte, las Constituciones prescribieron la coparticipación de los órganos representativos en las leyes constitucionales y en todas aquellas que afectasen a la libertad y a la propiedad de los súbditos. La práctica y la doctrina quedaban encargados de precisar lo que había de entenderse por libertad y propiedad y qué materias "afectan" o "limitan" los mencionados bienes jurídicos. En parte, las constituciones prescribieron la coparticipación de las representaciones del pueblo en la legislación".

una Reserva de ley¹⁹ en estas materias, sin que operase pues el principio de jerarquía normativa, sino el de un previo reparto constitucional de las materias, con una **situación residual genérica** respecto del poder normativo del monarca para el resto de materias.

Así, mientras que la relación "Ley-reglamento" se resolvía de forma favorable a la primera en el Derecho francés, no igual suerte corría en el Derecho alemán, donde operaría una suerte de reparto competencial sobre la base de "un ámbito de actuación normativo propio con autonomía" para burguesía y monarca²⁰.

No obstante la propia conformación del concepto de Ley en el Derecho francés, como algo general y abstracto, condujo indefectiblemente a otorgar al ejecutivo "un poder normativo para ejecutar y desarrollar dicha regulación general"²¹, lo que se traducirá, con el transcurso del tiempo, en una configuración casi opuesta de la relación "Ley-Reglamento" a la referenciada en este apartado.

¹⁹.- Concepto definido por MAYER, O., cit., pág. 92, cuando señala que: "Ce n'est donc que pour certains objets particulièrement importants, qu'on a fait de la loi constitutionnelle une condition indispensable de l'activité de l'Etat. Pour tous les autres cas, le pouvoir exécutif reste libre; **il agit en vertu de sa propre force et non pas en vertu de la loi. Nous appelons cette exclusion de l'initiative de l'exécutif -qui existe pour ces objets spécialement signalés- la réserve de la loi**".

²⁰.- GARCIA MACHO, R., *Reserva de Ley ...*, cit., pág. 55.

²¹.- Como concluye GALLEGO ANABITARTE, A., *Ley y Reglamento...*, cit., pág. 359.

En definitiva, hemos visto como la relación "Ley-reglamento" se ha venido resolviendo tradicionalmente según la concepción que se tuviese de la primera, de la Ley; o, lo que es igual (y tras un proceso de conceptualización formal), del concepto y significado del órgano productor de ésta, poder legislativo; es decir -y para acabar con esta simetría conceptual-, con la distinta configuración y operatividad del **principio de división de poderes** realizada por la norma fundadora de todo el sistema: la Constitución²².

²². - Y es que pese a la supremacía del poder real en Alemania, también se llegó a formular una preponderancia de las "leyes fundamentales" en este Derecho. STARCK, CH., "La superiorité de la Constitution", en la obra colectiva *La suprématie de la Constitution. Recueil des Cours I*, de STARCK, CH.; HAMON, L.; BEN ACHOUR, H.; VIADEL A.C. y TOPORNIN, B., Ed. Toubkal, Casablanca, 1.987, págs. 24 a 26, determina la evolución de esta construcción del constitucionalismo alemán de la siguiente manera: "El monarca absoluto y soberano aceptó la supremacía de las "normas fundamentales" al considerar que éstas se fundaban en el Derecho natural, y debían formularse sobre la base de contratos "entre le prince et les corporations". Posteriormente GROCIO y PUFENDORF proceden a conceptualizar esta situación; considerando el primero que la soberanía ha dejado de ser un atributo personal del monarca para pasar a ser titularidad del Estado, que puede ser ejercido por otros órganos a medio de la delegación. Siendo "la forme de la délégation l'objet de réglementation essentiel des "Leges fundamentales".

2º.- Evolución de la tradicional situación internormativa.

Si esta era la posición que hemos adoptado y calificado cómo de **partida** en estos sistemas de Derecho Público, se ha ido produciendo luego una evolución opuesta en ellos hasta llegar a la situación actual, y en la que parecen haberse invertido los "polos" en ambas construcciones normativas.

Ahora es el Derecho alemán quien afirma la primacía de la Ley en todo tipo de materias, mientras que en la Constitución francesa de 1.958 se refrenda una primacía limitada de aquélla, sólo en cuanto se refiera a las materias no reservadas a otro tipo de normas jurídicas, los reglamentos²³; por lo que la primacía de la Ley en el Derecho francés habrá sido consecuencia de una previa actuación de reparto constitucional de las funciones normativas entre los diversos órganos de poder, según pone de manifiesto Carré de Malberg²⁴, y que incluso puede

²³.- De esta forma los artículos 34 y 37 de la actual Constitución establecen una división de la tipología de las normas jurídicas a utilizar, ley y reglamento, dependiendo de la materia sobre la que versen, con la cláusula general y residual de los reglamentos: "Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire", artículo 37.

²⁴.- CARRÉ DE MALBERG, R., *La loi, expression ...*, cit., págs. 216 y sgs., en cuanto reitera la posición de superioridad de la ley dimanante de la posición del órgano de que proviene, el Parlamento, pero introduciendo la transcendental novedad de no hacerla depender del supuesto carácter de éste como representante de la voluntad general, pues para ello debiéramos "se laisser persuader que les

llegar a poner en tela de juicio la propia característica de la primacía o superioridad reseñada²⁵.

volontés énoncées par une oligarchie sont l'expression de la volonté générale de la communauté", sino más bien de la propia previsión constitucional, "mais seulement est une compétence constitutionnelle", de tal manera que será exclusivamente debido a esto la posición de la ley, dado que "Parlement, Exécutif et autorité juridictionnelle, sont égales devant la Constitution **qui est la source commune de leurs pouvoirs**"; aunque este autor se refiera fundamentalmente a la Constitución de 1.875 la validez de sus afirmaciones puede, en este sentido al menos, hacerse extensiva a las Constituciones francesas posteriores y, en particular, a la actual de 1.958.

²⁵.- Como manifiesta WALINE, M., *Droit Administratif*, 9ª ed., Sirey, París, 1.963, pág. 128, cuando reconoce que este reparto competencial entre el poder ejecutivo y el legislativo, y sus consecuencias en el aspecto normativo: materias reguladas por ley o por reglamento, impide "parler de supériorité absolue de la loi sur le règlement; la vérité est plutôt que la loi et le règlement sont souverains chacun dans le domaine qui lui est assigné par la Constitution".

a.- El incremento de la posición del reglamento en el orden jurídico francés.

Esta tendencia a la **limitación** de la primacía de la Ley en el derecho francés puede ser consecuencia de un doble planteamiento:

a) Desde una posición estrictamente práctica, sería consecuencia de la imposibilidad técnica y política de regular por medio de las leyes la totalidad de las materias, y, dentro de cada una de las materias, la totalidad de su ámbito²⁶.

Y es que pasados los momentos inmediatamente posteriores al hecho revolucionario²⁷ esta situación de imposibilidad obliga a la Asamblea Nacional a reconocer al reglamento un "rol" que no se deducía de sus primeras pretensiones ideológicas²⁸. Así, ya durante la Constitución

²⁶.- Para una descripción de la evolución de la capacidad normativa del poder ejecutivo en Francia poniéndose de relieve estos aspectos, puede leerse la obra de MOREAU, F., *Le réglemant administratif*, Ed. Albert Fontemoing, París, 1.902, pág. 62 y sgs.

²⁷.- Como señala MOREAU. F., *cit.*, pág. 69, en unos primeros momentos llevando al extremo sus planteamientos revolucionarios la Asamblea llegó a "décrire même les boutons d'un uniforme", regulación contenida en el Decreto de 7 de septiembre de 1.793.

²⁸.- Aunque estos planteamientos fueran consecuencia de una visión ciertamente idealizada, una Asamblea Nacional "unida" en las ideas de estricta separación de poderes que, según ha estudiado en profundidad MOREAU F., *cit.*,

del año VIII se otorga al reglamento una importancia notable: el artículo 47 otorga al Gobierno la facultad de regular la dirección del ejército y en el 48 se le facultaba para la regulación de la Guardia nacional, todo ello a través de **reglamentos autónomos**; otorgando el artículo 72 al Gobierno la facultad de proponer las leyes y "faire les règlements nécessaires pour assurer leur exécution", **reglamentos ejecutivos**.

Esta evolución se mantiene, con mayor o menor preponderancia de la facultad reglamentaria otorgada al poder ejecutivo, en las Constituciones de 1.814 (que reconoce el derecho del rey a dictar "les règlements et ordonnances pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat", artículo 14) y de 1.830, que permite únicamente al rey realizar reglamentos para la ejecución de las leyes, artículo 13.

En este sentido, y ya durante el siglo XX, Rivero precisa la existencia de una necesidad del poder legislativo de ser completado en su función normativa por el poder ejecutivo, por ser imposible para aquél la regulación de la totalidad de la realidad social²⁹, máxime

pág. 63 y sgs., se contrapone con la auténtica situación aecida en este órgano legislativo. Como exponente ejemplificativo de esta posición de divergencia en esta materia puede servirnos la intervención realizada por MALOUEU al señalar que "le roi doit avoir le droit de faire des règlements provisoires pour les différents départements qui lui sont subordonnés; que l'Assemblée Nationale, qui a ordonné la responsabilité, ne peut elle-même se réserver le droit de faire des règlements d'administration"

²⁹.- RIVERO, J., cit., pág. 54, nos describe la evolución en el reconocimiento de la facultad normativa del poder ejecutivo francés durante el siglo XX de la siguiente forma: primero debido a la voluntad del legislador de no regular un determinado sector, y, posteriormente, a partir de la Constitución

cuando a partir de la Iª Guerra mundial se produce una intervención masiva de los poderes públicos en amplios sectores de la economía; estableciéndose, como conclusión de esta evolución, la actual situación en la Constitución de 1.958 con la limitación de la potestad legislativa a las materias expresamente reseñadas en ella³⁰.

b) Desde una posición ideológica, se ha producido en este Derecho un progresivo debilitamiento del sentido ontológico de la Ley -crisis de la ley-, que ha dejado de tener la consideración de la transmutación iusfilosófica de la voluntad general³¹, para pasar a ser explicada como un instrumento de la función política de los gobernantes³², con la consiguiente exaltación de la importancia de la

de 1.926 por la necesidad de una regulación rápida de las materias a través de una habilitación genérica al gobierno para realizar "par voie réglementaire toutes les modifications aux lois en vigueur que ne peut le rétablissement de la situation". Situación frente a la que reacciona la Constitución de 1.946 prohibiendo los Decretos-leyes, pero permitiendo la actuación reglamentaria en las "matières ayant par nature un caractère réglementaire", en los supuestos de leyes-marco y de delegación de competencia legislativa; y ello hasta llegar a la Constitución de 1.958 con la división de materias para una actuación normativa diversa, bien por ley, bien por reglamento.

³⁰.- De esta forma el contenido de los artículos 34 y 37 de esta Constitución actúan como criterio constitucional de determinación de las materias que pueden ser reguladas por la Ley, refiriendo el resto a la actuación reglamentaria, tal y como hemos visto anteriormente.

³¹.- Tal y como afirma ROUSSEAU, y se refleja en el artículo 6º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789; así BURDEAU, G., *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, 19ª ed., LGDJ, París, 1.980, pág. 582, cuando fundamenta la importancia de la Ley en la forma o el procedimiento en que es realizada, y ello con independencia de su propio contenido. De esta forma señala cómo "La conception selon laquelle la loi se caractérisait par sa généralité, son impersonnalité et sa permanence est une idée qui remonte à l'époque où, sous l'influence des doctrines du droit naturel, on considérait comme l'espèce des normes éternelles d'un droit supérieur. Aujourd'hui que les gouvernements se croient appelés moins à gérer la société existant qu'à créer un monde nouveau la loi tire toute sa valeur de sa forme parce que précisément cette forme indique l'importance de la règle édictée à cette fin".

³².- De la cual LUCHAIRE, F., "La loi et la volonté générale", cit., pág. 90, es fiel reflejo al señalar que la ley no sería sino "l'une des techniques du gouvernement".

función de gobierno "como superación del enfrentamiento Estado-sociedad, legislativo-ejecutivo"³³. Y es que la ley no es en esta concepción sino la expresión de la voluntad de los gobernantes³⁴.

³³- GALLEGO ANABITARTE, A., *Ley y Reglamento ...*, cit. pág. 361.

³⁴.- LUCHAIRE, F., *cit.*, pág. 43.

b.- La preponderancia del valor de la Ley en el Derecho alemán.-.

En el Derecho alemán se produce un fenómeno inverso al descrito para el Derecho francés, aunque partiendo de *similares* necesidades: la transformación del Estado liberal en un Estado social moderno que conlleva aparejada el incremento de la necesidad de dictar normas jurídicas.

La alternativa seguida por este Derecho ha sido, no el mantenimiento de las facultades reglamentarias del poder ejecutivo, sino su sustitución por la actividad legisladora, aunque ello significase aceptar un retraso temporal en esta función normativa³⁵.

Y a ello ha influido de manera poderosa la construcción doctrinal realizada por Laband y Jellineck entorno al concepto de Ley. Así Laband propuso la distinción entre un concepto **formal de ley**, como "une forme sous laquelle se manifeste la volonté de l'Etat"; y un concepto **material de ley**, "l'acte juridique qui établit une règle de droit"³⁶. Si éste último era el concepto de ley

³⁵.- FORSTHOFF, E., *cit.*, pág. 216.

³⁶.- LABAND, P., *Le Droit Public de l'Empire Allemand*, *cit.*, págs. 260 y 344.

utilizado por las Constituciones alemanas³⁷, como equivalente a "regla de derecho", para establecer el ámbito de la actuación de las Dietas regulando las situaciones de los ciudadanos referidas a la "libertad y propiedad", la conclusión no podría ser otra que la interdicción al reglamento, en sentido material, de contener **alguna regla de derecho**³⁸.

De esta forma se concluye advirtiendo que todas las disposiciones que contengan "reglas de derecho" deberán ser aprobadas por los Parlamentos, y en este ámbito los reglamentos sólo podrán ser **ejecutivos**. El resto de materias, disposiciones que no contengan reglas de derecho, quedarán dentro de la actividad normativa del monarca.

Y es que en esta construcción doctrinal la división de las materias objeto de regulación por Ley ya no son taxadas o enumeradas, sino que dependerán de su ámbito sustantivo, jurídico o no.

³⁷.- Y es que si la Constitución de Prusia de 1.850 estableció en su artículo 62, según la traducción ofrecida por GALLEGO ANABITARTE, A., *cit.*, pág. 276, que: "El poder legislativo será ejercido colectivamente por el Rey y las dos Cámaras. El acuerdo del Rey con ambas Cámaras será necesario para **toda Ley**"; se debía dar una interpretación correcta a esta expresión "toda ley", en alemán "zu jedem Gesetz". Y la interpretación otorgada no fue otra que la de entender la existencia de una dicotomía entre la ley material y la ley formal; puesto que de lo contrario carecería de sentido el párrafo segundo del citado artículo 62. Esto es, si el párrafo segundo no contenía un concepto de "ley material", este párrafo estaría ya integrado en el significado del párrafo anterior del artículo.

³⁸.- LABAND, P., *cit.*, pág. 379, señala que para distinguir la Ley y el reglamento, en sentido material, éste "doit avoir un autre contenu qui la distingue de la loi; elle ne reforme pas un principe de droit, elle est l'exercice de l'activité libre du gouvernement, du pouvoir de faire exécuter la loi".

Esta configuración fue asumida por la Constitución alemana de 1.871, así como por la Constitución de Weimar de 1.919 y la actual Ley Fundamental de Bonn de 1.949 que establece, en su artículo 80.1º, que para dictarse *Rechtsverordnungen* sería necesaria la previa habilitación de la Ley.

Concluyendo en todo caso y para ambos Derechos, como hace Carré de Malberg, que la primacía de la ley deviene de la posición constitucional del Parlamento, que resulta así, fuere cual fuere la justificación que se otorgue a tal posición³⁹, totalmente limitada por la Constitución en cuantos aspectos y circunstancias lo precisen. De esta forma, y ello no constituye ninguna novedad respecto de la situación normativa anterior, es la Constitución en cada Estado, y en cada momento histórico, la que va a determinar las distintas consecuencias de la relación "Ley-reglamento"⁴⁰.

³⁹.- CARRÉ DE MALBERG. R., cit., pág. 222.

⁴⁰.- Conclusión que también ha alcanzado RIVERO, J., *Droit Administratif*, cit., pág. 52.

3º.- La relación "Ley-Reglamento" en nuestro Derecho Público.-

Desde luego no es éste un tema que haya abordado con asiduidad nuestra doctrina por entender, quizás, que era una cuestión fuera de toda discusión; no obstante existen significativas aportaciones sobre este objeto de estudio⁴¹.

Si hemos comprobado cómo esta relación internormativa está condicionada por las previsiones constitucionales sobre el significado y relaciones entre el poder legislativo y el ejecutivo, será necesario que efectúemos una valoración de esta relación en los diversos postulados constitucionales de nuestra Historia contemporánea.

⁴¹.- Siendo especialmente destacable la obra de GALLEGO ANABITARTE, A., *Ley y Reglamento en ...*, cit., in totum.

a) De la Constitución de 1.812 a la Constitución republicana de 1.931.-

Como señala García Macho, la relación de la Ley y el reglamento en nuestro Derecho está determinada en cada una de las Constituciones dependiendo del reparto de funciones públicas -poder político- efectuado entre el poder legislativo y el ejecutivo, es decir, dependerá de "cómo se plantee la división de poderes y quién o quiénes sean realmente los titulares de la soberanía"⁴².

Si esta soberanía se declara perteneciente a la Nación, el poder legislativo primará sobre el ejecutivo y su producto normativo será de un potencial normativo ilimitado, Ley primando sobre los reglamentos y con un ámbito de extensión ilimitado.

⁴².- GARCIA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad ...*, cit. pág. 42 y sgs. donde efectúa una sinóptica retrospectiva de la influencia de la regulación de los textos constitucionales en esta materia, tanto desde un punto de vista de su eficacia normativa, como desde la atribución de la potestad constituyente a algún titular, único o compartido, pueblo o monarca.

Dentro de la conformación de tales poderes, nos encontramos como en la Constitución de 1.812, proclamándose la división de poderes, se residenciaba la soberanía en la Nación y la potestad legislativa en las Cortes; por esto el ámbito de su actuación era ilimitado (artículo 131), y se concebía la Ley como norma general y abstracta, y a los reglamentos como aquellas normas jurídicas que procedían a su ejecución⁴³.

Situación que se repite en los textos constitucionales de 1.837, 1.845, 1.856, 1.869, 1.873 y 1.876⁴⁴, por lo que parece deducirse una **primacía del poder legislativo sobre el ejecutivo**, en cuanto aquél estaba facultado para regular, con entera libertad, sobre cualquier materia, quedando el poder reglamentario obligado a cumplir y desarrollar los contenidos previamente precisados en las leyes.

Pero de todo ello no cabe inferir, en modo alguno, que el pueblo -Nación española- primase indefectiblemente sobre el monarca, dado que el poder legislativo fue compartido por ambos en los textos constitucionales de 1.812, 1.837, 1.845 y 1.876, siendo la de 1.869 la única que otorgaba el

⁴³.- GALLEGO ANABIATRTE, A., *Ley y Reglamento ...*, cit., pág. 32.

⁴⁴.- Como recoge GALLEGO ANABITARTE, A., cit., pág. 35, en la Constitución de 1.837 en el artículo 47, apartado 1º; en la 1.845 en su artículo 39, 1º; en la de 1.869 en el artículo 75; en la de 1.873 en su artículo 9º y, por último, en la Constitución de 1.876 en el artículo 54, todas ellas con escasas modificaciones a la regulación contenida en el artículo 131 de la Constitución de 1.812 antes mencionado.

monopolio del poder legislativo al pueblo, pero, como ha puesto de relieve García Macho⁴⁵, ello no significaba la imposibilidad del monarca de actuar sobre el proceso legislativo en cuanto contaba con iniciativa legislativa y podía "indirectamente" actuar a través del Senado compuesto por "notables".

⁴⁵.- GARCIA MACHO, R., *Reserva de Ley y ...*, cit. pág. 43.

b) La etapa franquista y la modificación de la relación tradicional de la Ley y el Reglamento.-

Esta situación se ve modificada con la aprobación de un conjunto de normas en la etapa instaurada desde la Guerra Civil española, en cuanto son el reflejo de un cambio sustancial en la relación de poderes de nuestro país que supuso la concentración en un sólo órgano, la Jefatura del Estado⁴⁶.

Concentración de poder en una sólo persona que se inició ya con el Decreto de 29 de septiembre de 1.936 que residencia estos poderes del Estado en Francisco Franco, por lo que también, y como reconoce Fernández Carvajal, "todo el poder normativo queda, pues, concentrado en una persona, sin discriminación inicial entre diversas categorías de normas, aunque por continuidad con la tradición constitucional anterior al 18 de julio de 1.936 se publiquen unas como Leyes, otras como Decretos y otras como Ordenes, según la mayor o menor importancia de las materias

⁴⁶.- Lo cual parece ser entendido como uno de los pilares ideológicos de esta concepción del Estado en cuanto así se declara en el artículo segundo, apartado 2º, de la Ley Orgánica de 1.967 cuando establece que "El sistema institucional del Estado español responde a los principios de **unidad de poder** y **coordinación de funciones**". De esta forma es así explicable la dicción del artículo 6º de esta Ley Orgánica de 1.967 que señala como el Jefe del Estado "personifica la soberanía nacional; ejerce el poder supremo político y administrativo (...); sanciona y promulga las leyes y provee a su ejecución".

reguladas⁴⁷".

De esta forma se produce una diferenciación entre la Ley y el Decreto, a través de la Ley de 30 de enero de 1.938, en la que perteneciendo al Jefe del Estado "la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general" (artículo 17), éstas tendrían la forma de Ley "cuando afectan a la estructura orgánica del Estado o constituyan las normas principales del ordenamiento jurídico del país", quedando la forma de Decretos para "los demás casos".

Posteriormente, en la Ley de Cortes de 1.942 se viene a precisar con mayor detalle esta Reserva de Ley, por cuanto que, al crearse las Cortes y configurarse cómo un órgano de colaboración en la función legislativa, resultaba necesario especificar las materias sobre las que debía actuar.

Así, el artículo 10 de esta Ley relaciona doce materias, con un última cláusula general y ampliatoria⁴⁸;

⁴⁷.- FERNANDEZ CARVAJAL, R., "La potestad normativa en las Leyes Fundamentales de España", R.E.P., nº 169-170, pág. 64.

⁴⁸.- Contenido del citado artículo 10º de la Ley de Cortes, de 17 de julio de 1.942, que es el siguiente: "Las Cortes conocerán, en Pleno, de los actos o Leyes que tengan por objeto alguna de las materias siguientes:

- a) Los presupuestos ordinarios y extraordinarios del Estado.
- b) Las grandes operaciones de carácter económico y financiero.
- c) El establecimiento o reforma del régimen tributario.
- d) La ordenación bancaria y monetaria.
- e) La intervención económica de los Sindicatos y cuantas medidas legislativas afecten, en grado transcendental, a la Economía de la Nación.
- f) Leyes básicas de regulación de la adquisición y pérdida de la nacionalidad y de los deberes y derechos de los españoles.

relación de materias que se incrementaría posteriormente con el Fuero de los Españoles en materia de penas, prestaciones personales, establecimiento de tributos y ejercicio de los derechos reconocidos en este Fuero.

Por consiguiente, la separación de los productos normativos, Ley y reglamento, quedaba estructurada de una forma distinta al período histórico anterior: la Ley es necesaria en aquellas materias prefijadas, mientras que en el resto pueden regularse por medio de los reglamentos⁴⁹, lo que nos permite deducir la existencia de un concepto **material** de ley⁵⁰, como único válido y admisible, aunque no de la existencia del principio de división de poderes.

-
- g) *La ordenación político-jurídica de las instituciones del estado.*
 - h) **Las bases del régimen local.**
 - i) *Las bases del Derecho Civil, Mercantil, Social, Penal y Procesal.*
 - j) *Las bases de la Organización judicial y de la Administración pública.*
 - k) *Las bases para la ordenación agraria, mercantil e industrial.*
 - l) *Los Planes nacionales de enseñanza.*
 - m) **Las demás Leyes que el Gobierno, por sí o a propuesta de la Comisión correspondiente, decida someter al Pleno de las Cortes.**

Y es que el artículo 12 de esta Ley establecía la posibilidad de incrementar este listado, bien porque así lo estableciese alguna ley posterior, bien porque la Comisión de competencia legislativa de las Cortes hubiese dictaminado en el sentido de que sería necesaria la forma de ley para regular una determinada materia. Aunque como señala FERNANDEZ CARVAJAL, R., "La potestad normativa en las Leyes Fundamentales de España", cit., pág. 69, ello no haya sucedido en ninguna ocasión.

⁴⁹.- Esta es la conclusión a la que llega GALLEGU ANABITARTE, A., *Ley y Reglamento*, cit., pág. 66, en cuanto considera, de una interpretación combinada de los artículos 40 y 41 de la Ley Orgánica del Estado de 1.967, que "La Administración (...), asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción de los intereses generales," y que "La Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las Leyes, ni regular, salvo autorización expresa de una Ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes" y que recogen los artículos 10 y 12 de la Ley de Cortes que establecen las materias para las que son competentes el Pleno y las Comisiones de las Cortes para su regulación mediante Ley.

⁵⁰.- Tanto por lo reseñado en los artículos 10° y 12° de la Ley de Cortes de 1.942, como por lo reflejado anteriormente en el artículo 17 de la Ley de 30 de Enero de 1.938, al exigir la forma de ley para aquellas disposiciones y resoluciones cuando "afecten a la estructura orgánica del Estado" o <<constituyan las normas principales del Ordenamiento jurídico del país".

En conclusión, nos encontramos con unas categorías jurídicas, Ley y reglamento, que serán utilizadas en nuestro Derecho, así como en el de los Derechos comparados que hemos estudiado, con la finalidad de servir de instrumento de reparto del poder político entre el pueblo-burguesía y el monarca, lo que Gallego Anabitarte ha denominado **la lucha política sobre el concepto y término de Ley**⁵¹.

⁵¹.- GALLEGO ANABITARTE, A., *cit.*, pág. 225, llegando a concluir este autor que la distinción entre estas categorías "transparenta la lucha entre la competencia propia de las Asambleas y la decisión compartida con el rey a través de su sanción".

B) LA PROYECCION DE ESTE ENFOQUE TRADICIONAL SOBRE EL
PODER NORMATIVO DE LAS ENTIDADES LOCALES.

Habiendo estudiado la situación histórica en este período, con la subordinación de la posición de las funciones de las Entidades locales respecto de los órganos del Estado, no otra situación le corresponderá a la función normativa de las Entidades locales en relación con las leyes y reglamentos estatales⁵².

Si hemos comprobado que la superioridad de la Ley ha sido evidente en nuestra historia constitucional, tales afirmaciones es posible que puedan extrapolarse respecto de las normas locales -dado su carácter de norma reglamentaria-, con el único interrogante de cuestionarnos la posible relación entre estas normas y los reglamentos estatales.

Sin pretender realizar un estudio histórico exhaustivo

⁵².- Es reseñable, para corroborar esta identidad lógica en un contexto histórico determinado, incremento del poder central=disminución de la capacidad normativa local, el ejemplo de las Ordenanzas del pueblo de Bello, texto que puede consultarse en A.H.D.E., Tomo XIII, 1.936-41, pág. 268 y sgs. En este pueblo, y como reacción a la legislación municipal fuertemente centralizadora, de 1.845, los vecinos-mandatados del lugar acudieron ante Notario, D. Estanislao García Argüelles, para poner por escrito las costumbres del lugar sobre organización local (Regidores elegidos por los vecinos, Junta de Vecinos, Consejo vecinal), caminos, aprovechamientos vecinales, etc.), para intentar de esta forma que tales normas se perpetuasen.

de esta materia⁵³, sino un mero acercamiento para poder precisar las fórmulas de relación entre las normas estatales y locales antes de la vigente Constitución, y poderlas contrastar con las instauradas tras la entrada en vigor de esta Norma Fundamental.

⁵³.- Por la simple razón de haber sido ya efectuado en obras como la de EMBID IRUJO, A., *Ordenanzas y reglamentos municipales en el Derecho español*, I.E.A.L., Madrid, 1.978, a la que nos remitimos ahora, y que supuso un notable avance en esta materia al formularse una construcción jurídica en la que se permitía una actuación normativa de las Entidades locales no siempre vinculada por subordinación a la del Estado. También se puede mencionar en este tipo de estudios el realizado, aunque referido a la relación de las normas estatales básicamente, por GALLEGO ANABITARTE, A., *Ley y Reglamento en el ...*, cit., básicamente en su Primera Parte, págs. 15 a 90.

1º.- Una referencia de Derecho Comparado: la evolución de las normas de origen local en el Derecho francés.-

Ya la Ley de 14 de Diciembre de 1.789⁵⁴ atribuyó implícitamente la facultad reglamentaria a los "cuerpos municipales" para que éstos pudiesen cumplir las funciones "*propres au pouvoir municipal et déléguées*" que les confería la Ley⁵⁵; en este sentido el Decreto de 15 de Octubre de 1.789 otorgaba a los órganos municipales elegidos "*le pouvoir de faire des arrêtés pour l'exécution des décrets et pour la paix publique*". Idéntica posibilidad normadora se confería a las autoridades departamentales pues a ellas pertenecía "*délibérer sur tout ce qui intéresse l'ensemble du département, de fixer d'une manière générale tant les règles de l'administration que les moyens d'exécution*"⁵⁶. Y también en la Constitución de 1.791, de escasa aplicación práctica debido a los acontecimientos políticos y el advenimiento de los jacobinos al poder, se señalaba, a la vez que se proclamaba el principio de la

⁵⁴.- Su texto íntegro puede encontrarse en la obra de RONDONNEAU, L., *Collection Générale des Lois, Décrets, Arrêts, Sénatus-consultes, Avis du Conseil d'Etat et Réglements d'administration publiés depuis 1.789 jusq'au Avril 1.814*. Tomo I, París, 1.877, pág. 52.

⁵⁵.- En este sentido se expresa AUBY, J.M., "Le pouvoir réglémentaire des autorités des collectivités locales. A propos de controverses recentes", *A.J.D.A.*, n° 40, 1.984-9, pág. 469.

⁵⁶.- Según se reseña tanto en la Instrucción de l'Assemblée de 12 de agosto de 1.790, como en el Decreto de 15 de marzo de 1.791.

separación de poderes y la prohibición de dictar leyes por el Poder ejecutivo, una Reserva de ley en las materias que se enumera⁵⁷, lo que en realidad significaba una autorización al monarca para regular reglamentariamente el resto de materias no contenidas en esa Reserva de ley⁵⁸.

En la Ley de 28 del pluvioso del año VIII se reconoce a las Entidades locales un poder reglamentario, potestad que es vuelta a sancionar por la Ley de Finanzas de 28 de Abril de 1.816, art. 147, por la Ley de 10 de Agosto de 1.871 y por la Ley de 5 de Abril de 1.884 en aquellas materias "d`intérêt communal"⁵⁹, dado que toda actuación municipal fuera de estos intereses implicaba su nulidad de pleno derecho⁶⁰, aspecto este controlado por el prefecto y por los Tribunales encargados de aplicar los reglamentos locales en la Ley de 1.884.

En breve, puede señalarse con Auby⁶¹, que antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1.958 era aceptable la existencia en el Derecho francés de un poder

⁵⁷.- Contendidas en el Tít. III, art. 3-4; ch. IV, sec. I, art. 6.

⁵⁸.- Como ya puso de manifiesto MOREAU, F., *Le réglement administratif...*, cit., pág. 73.

⁵⁹.- Contenido del artículo 61, así como para materias específicas como pueden ser la conservación de caminos vecinales (ley de 10 de agosto de 1.871, art. 44, 46.7 y 8), ferias y mercados (art. 46-24 de esa ley), ciertos cambios en las circunscripciones (art. 46-19), etc.

⁶⁰.- La ley de 5 de Abril de 1.884 expresaba que la nulidad de pleno derecho era declarada por el prefecto, mientras que la ley de 10 de agosto de 1.871 señalaba que esta nulidad era pronunciada por el Jefe del Estado, art. 33.

⁶¹.- AUBY, J.M., *op. cit.*, pág. 469.

reglamentario de las Entidades locales.

La dificultad surge cuando se integra éste en el conjunto normativo de aquel país; al considerarse como un poder derivado de la Ley, ella estará subordinado siempre, a la vez que será **jerárquicamente inferior a los reglamentos emanados de los órganos estatales**, por cuanto de ellos proviene la competencia ejercitada por las Entidades locales, es decir, las normas locales estarían en la "línea de ejecución" de las leyes estatales, y, también, de sus reglamentos -siempre pues jerárquicamente subordinadas a todas ellas.

Con la entrada en vigor de la Constitución de 1.958 se ha producido en Francia una división de la doctrina entre los partidarios de considerar que niega la existencia de una potestad reglamentaria de las Entidades locales, al conferir el monopolio de la ejecución de las leyes al Jefe de Gobierno, artículo 21⁶², y los que argumentan que esta facultad ha sido constitucionalizada en el principio de "libre administración" contenido en los artículos 34 y 72, disputa que será tratada con cierta profundidad posteriormente cuando se haga referencia a los títulos constitucionales que "anclan"⁶³ en este país a las Entidades locales.

⁶².- Que señala que "Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois".

⁶³.- Usando una terminología cuya única finalidad es la de precisar la situación y finalidad de las Entidades locales como poderes públicos diversos del Estado.

Como consecuencia de esta divergencia de posiciones, un sector de la doctrina viene sosteniendo la posibilidad de la existencia de poder reglamentario en las Entidades locales sobre la base de diferenciar los "reglamentos ejecutivos", cuyo monopolio corresponde al Jefe de gobierno, de los "reglamentos en aplicación de la ley" en los que podrían entrar las Entidades locales sin conculcar la Constitución. O lo que es igual, para que esta participación normadora de las Entidades locales pueda actuarse será necesario que se realice en **materias reservadas al legislador**⁶⁴, para poder así cumplir el principio de libre administración de las entidades locales "*dans les conditions prévues par la loi*", art. 72, y la reserva reglamentaria contenida en los artículos 34 y 37 de la Constitución.

Por contra, Bourjol considera que el principio de libre administración actuará de tal manera que, al conferirse la potestad reglamentaria a las Entidades locales directamente por la Constitución, no operará la posibilidad de dictar reglamentos autónomos por el Jefe de gobierno en esta materia, art. 21, ni el legislador podría habilitar al poder ejecutivo a actuar en ella so pena de que "**une telle loi irait à l'encontre de l'article 72 et pourrait être déclarée non conforme à la Constitution**"⁶⁵.

⁶⁴.- AUBY, J.M. *cit.*, pág. 474.

⁶⁵.- Citado por AUBY, J.M., *cit.*, pág. 476.

2º.- Situación de las normas locales en nuestro Derecho: el Antiguo Régimen

La capacidad normativa de los municipios en la Historia de nuestro Derecho estaba directamente engarzada con la situación que éstos tenían con relación al resto de poderes de la época, monarca y nobleza. De esta forma, en los momentos de mayor esplendor del municipio castellano, Alta Edad Media, la regulación de un conjunto importante de los aspectos sociales de la época se realizaba a través de sus *fueros*, que venían a constituir una auténtica "constitución económico-administrativa"⁶⁶. Estos *fueros* eran otorgados por el Rey⁶⁷, pero y ello es lo más importante para nosotros, con frecuencia su contenido no era sino el "precipitado histórico" de las costumbres de esa comunidad⁶⁸, que obtenían así su plasmación en textos

⁶⁶.- CERDA RUIZ-FUNES, J., en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo X, voz "Fueros municipales", pág. 398.

⁶⁷.- CERDA RUIZ-FUNES, J., *cit.*, pág. 397, señala que el otorgamiento de estos *Fueros* se efectúa por el monarca con la finalidad de "poblarlos, de aumentar el número de sus habitantes", lo que condujo con el paso del tiempo a que los lugares de señorío fueran adquiriendo importancia villas y núcleos rurales con un Derecho propio y distinto. Opinión que también había sostenido anteriormente SANCHEZ ALBORNOZ, C., *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo X, 1.933, pág. 522, en la referencia que se hace a la lección impartida en la Facultad de Filosofía y Letras de Buenos Aires sobre "El régimen local y los albores del municipio", donde señala cómo los *fueros* "recogen costumbres y franquicias, o en otros se les otorga libertades y una autonomía más o menos plena para regirse, que las va convirtiendo en municipios. De esta manera se origina una diferenciación entre este Derecho urbano o local y el Derecho del campo, territorial o señorial". En similares términos se expresa EMBID IRUJO, A., *Ordenanzas y Reglamentos municipales*, *cit.*, pág. 41.

⁶⁸.- Junto a este elemento sustantivo del contenido de los *fueros* CERDA RUIZ-FUNES, J., *cit.*, págs. 399 a 401, señala también, la incorporación de costumbres de otros lugares, las decisiones judiciales, y, por último, la propia actividad legislativa de los monarcas.

normativos.

Se descubre así, según apunta Sánchez Albornoz, la voluntad de los municipios de fijar en los "fueros" las libertades y privilegios de los que eran titulares, llegando en 1.188 a fijar una "Ley Constitucional(...), de los derechos y deberes del rey y del pueblo"⁶⁹, y todo ello hasta alcanzar a constituirse en una fuente del "Derecho de extraordinaria amplitud e importancia"⁷⁰.

Pero con el transcurso del tiempo tales fueros no llegaban a regular completamente todas las relaciones sociales o económicas de la comunidad vecinal, lo que las obligaba a normar sobre estos extremos a través de las Ordenanzas municipales.

Estas Ordenanzas primero serían elaboradas por todos los vecinos⁷¹ y, posteriormente, por los órganos institucionalizados de los municipios; siendo su objeto el

⁶⁹.- SANCHEZ ALBORNOZ, C., *cit.*, pág. 525, en su lección sobre "Sensibilidad política del pueblo castellano en la Edad Media", por cuanto considera que "con motivo de la Reconquista y de la repoblación, España fue la excepción de Europa, y mientras en ésta triunfaba el señorío, en la Península se constituía una masa de labriegos libre que se organizó en municipios".

⁷⁰.- GARCIA DE ENTERRIA, E., "Dictamen sobre legalidad de Ordenanzas municipales sobre uso del suelo y edificación", *R.A.P.*, nº 50, mayo-agosto 1.966, pág. 311.

⁷¹.- EMBID IRUJO, A., *Ordenanzas y ...*, *cit.*, pág. 46 reseña el ejemplo del Fuero de León del año 1.020 que establece como "todos los habitantes de dentro y fuera de los muros de la ciudad acuden el primer día de Cuaresma al capítulo de Santa María de Regla para fijar las medidas del pan, del vino y de la carne y del precio de las labores de aquel año, sancionándose la inasistencia con una multa que se debía de pagar al merino del rey".

propio de la vida económica del municipio: aprovechamientos de los bienes comunales, abastecimiento, fijación de pesas y medidas, precio de los productos, exacciones municipales, etc., normas éstas que llegaron incluso a incorporarse al texto de algunos fueros⁷².

El inicio de la decadencia de este Derecho municipal coincide con la voluntad real de intervenir en la vida local⁷³, y que Embid Irujo data en el Ordenamiento de Alcalá de 1.348 por cuanto considera que esta norma es el resultado de la voluntad del monarca de efectuar una prelación de fuentes en la que sería la **norma cabecera** y, en su defecto, serían aplicables las Partidas⁷⁴.

De esta forma, y aquí radica la importancia de esta regulación, las normas locales, Fueros y Ordenanzas, serían aplicables sólo si no eran contrarias a "*las leyes que en nuestro libro se contienen*" -principio de jerarquía, aparentemente-, y siempre con la posibilidad del monarca de mejorarlos o enmendarlos. Por ello concluye Embid Irujo

⁷².- Así lo sostiene CERDA RUIZ-FUNES, J., cit., pág. 408, cuando señala que "en los fueros breves y extensos se recogen normas sobre el uso, defensa, protección (...), de este tipo de bienes, sobre los mismos se dictan ordenanzas específicas de los Concejos, que pasan a los fueros municipales extensos".

⁷³.- Fenómeno histórico que ya hemos descrito con algún detalle el Capítulo anterior; y que SANCHEZ-ALBORNOZ C., cit., págs. 525 y 526, resume así: "Desde la muerte del rey Sabio, hasta la mayor edad de Alfonso XI, para defenderse de las nobleza eclesiástica y laica, los reyes se sometieron a los dictados del pueblo, y éste, representado por las Cortes, acertó a crear una monarquía parlamentaria. Pero al cabo de una generación las cosas cambiaron, los elementos populares se mostraron todavía sensibles, mas los reyes no respetaron sus derechos y las Cortes sufrieron una parálisis en los centros nerviosos de su actividad política".

⁷⁴.- EMBID IRUJO, A., cit, pág. 52.

que los fueros "pasan a un lugar subordinado y, por tanto, también la normativa ordinaria, las Ordenanzas, encuentran nuevos límites"⁷⁵ .

No obstante, si bien ésta puede ser la norma jurídica que culmine todo el proceso de intervención real en la facultad normativa de los municipios, este proceso continúa y se profundiza durante el siglo XVI con la introducción de la "confirmación real" como requisito indispensable para que alcanzasen **valor normativo** las Ordenanzas municipales⁷⁶. Por esto, y ya durante el reinado de Carlos IV, la Novísima Recopilación de las Leyes de España, Libro VII, Título III, leyes I a VII establecía que las "*Ordenanzas para el buen gobierno de los pueblos*" serían realizadas por éstos, de acuerdo con los representantes del Rey -Corregidores-, y posterior aprobación o confirmación real, "*que era realizada por el Rey o por el Consejo de Castilla en nombre del Monarca*"⁷⁷.

Esta situación no es sino la plasmación, en este plano normativo, de la voluntad de la monarquía triunfante de "controlar" el poder de los municipios castellanos: instaurando la figura de los corregidores, que supuso el comienzo del ocaso de los municipios tal y como ya hemos

⁷⁵.- EMBID IRUJO, A., *cit.*, pág. 53.

⁷⁶.- DE LA VALLINA VELARDE, V., "Consideraciones sobre la potestad normativa de los Entes locales", *R.E.V.L.*, n° 176, octubre-diciembre 1.972, pág. 610.

⁷⁷.- DE LA VALLINA VELARDE, V., "Consideraciones ...", *cit.*, pág. 611.

narrado en el Capítulo anterior, pero que evidencia la íntima interrelación de la situación de las normas jurídicas con los acontecimientos históricos en las relaciones de los municipios y el resto de poderes de la época.

3º.- Las normas de origen local en el cuadro del ordenamiento estatal en la etapa contemporánea

Como ya advertíamos en el Capítulo anterior, la Constitución gaditana ha de servirnos como referencia histórica para señalar el comienzo de una nueva etapa en el régimen municipal, por constituir el hito normativo que marca la construcción del municipio moderno en nuestro Derecho, y aún con las características históricas reseñadas de la etapa anterior.

a) Una previa y necesaria aproximación terminológica.

Se precisa un breve acercamiento a la terminología utilizada para servir de clarificación a las consideraciones que se vertirán sobre esta materia⁷⁸; y ello por cuanto se ha venido empleando a lo largo de la Historia de nuestro Derecho una variada nomenclatura para hacer referencia a las normas jurídicas emanadas de las Entidades locales.

A lo largo de la historia contemporánea se evidencia cómo los vocablos "Ordenanza" ó "Reglamento" son utilizados ambivalentemente para hacer referencia a la capacidad de formular normas jurídicas por los municipios y provincias, sin que tal diversidad obedezca a ninguna razón de diferencia en cuanto a su naturaleza, según ha estudiado

⁷⁸-. Y ello puesto que las normas jurídicas emanadas de las Entidades locales se ha llegado incluso a denominarlas como "leyes", según manifestó ya POSADA, A., *Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XXIV, pág. 25 y sgs, "en la cual la representación oficial del municipio mismo se mueve realizando actos u operaciones que implican el ejercicio de funciones normativas o de decisión, las cuales, por analogía con las realizadas por el Estado, estimanse como funciones **legislativas** y ejecutivas, aunque en razón de la situación del municipio español en el mecanismo de una jerarquía político-administrativa esas funciones están ampliamente condicionadas y reguladas".

Tal conformación parece haber llegado hasta nuestros días cuando en el Preámbulo que acompaña al Real Decreto 1.393/1.993, de fecha 4 de agosto, B.O.E. de fecha 9 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, se señala que "pese a la autorizada línea doctrinal que sostiene que las ordenanzas locales, en tanto que normas dictadas por órganos representativos de la voluntad popular, son el equivalente en el ámbito local de las **Leyes estatales y autonómicas y tienen fuerza de ley en dicho ámbito**".

Embid Irujo, de forma y manera que todas ellas serían normas jurídicas que se integrarían en el Ordenamiento jurídico del Estado "y se relacionarían de la misma forma con los **restantes componentes de este Ordenamiento**"⁷⁹.

Hecha pues esta salvedad terminológica y de su ubicación, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de nuestro país, dentro de la categoría de las normas jurídicas reglamentarias⁸⁰, estamos en condiciones de estudiar sus relaciones con el resto de normas jurídicas que se dictasen en el Estado español.

⁷⁹.- EMBID IRUJO, A., *cit.*, pág. 609, considera que la terminología empleada no es sino una consecuencia de situaciones históricas, sin ninguna otra consecuencia jurídica. De esta forma se pretende afirmar la naturaleza normativa de estos Reglamentos, así como su inserción en el cuadro de las normas del conjunto del Estado, y en similares términos a la pluralidad de normas emanadas de éste; para lo cual, incluso, llega a acudir a la interpretación en sentido material que se hizo por la doctrina civilista de nuestro país del concepto de "ley" utilizado por el Código Civil.

⁸⁰.- Esta calificación de su naturaleza jurídica no es compartida por una mínima parte de la doctrina de nuestro país; concretamente BOQUERA OLIVER, J.M., "Los límites del poder de ordenanza", *R.E.V.L.*, octubre-diciembre 1.968, pag. 497 y sgs., considera que los reglamentos locales, como cualquier otro reglamento, son actos administrativos en cuanto que: por su origen, son creaciones de la Ley; por sus efectos, al estar vinculados siempre a la Ley, no serán ni **iniciales** ni **libres**; por su revisión, podrán ser impugnados ante los Tribunales de lo contencioso; todas estas características les asemejan a los actos administrativos, de los cuales sólo se separan en el hecho de ser unos, lo reglamentos, declaraciones generales de voluntad y los actos sólo singulares. De tal forma que los únicos elementos integrantes del Ordenamiento jurídico, para este autor, serán las Leyes, la Costumbre y los Principios Generales de Derecho.

Construye así una particular "Teoría General de Fuentes", en la cual las Ordenanzas estarían sometidas al Ordenamiento jurídico: Leyes, Costumbres y Principios Generales del Derecho; por lo que su sumisión jerárquica a los reglamentos estatales no derivaría de su carácter normativo, sino del hecho de ser declaraciones "de voluntad de jerarquía superior a la suya". De esta forma concluye, pág. 514, afirmando que: "Todo acto administrativo debe someterse al Ordenamiento jurídico y a los actos administrativos que le sean jerárquicamente superiores. Las disposiciones generales del Estado, en cuanto sean de superior jerarquía a las ordenanzas, constituirán un límite para el ejercicio del poder de ordenanza".

- b) El procedimiento de elaboración de las normas de origen local en esta perspectiva histórica.

Resulta imprescindible en este estudio de la posición y relación de las Ordenanzas locales respecto de las normas estatales, determinar cuál ha sido el procedimiento para su elaboración y aprobación, puesto que así podremos determinar, con cierto detalle, **cual y de quien** es la voluntad explicitada a través de tales normas.

- 1ª) La técnica de la aprobación de las normas de origen local.-

Ya en la Constitución de 1.812, como se puso de manifiesto en el Capítulo anterior, se preveía que las Ordenanzas locales fuesen elaboradas por los Ayuntamientos, aunque debían ser aprobadas por las Cortes. Según el artículo 321, párrafo 8ª, los Ayuntamientos podrían:

"Formar las Ordenanzas municipales del pueblo y presentarlas a las Cortes para su aprobación por medio de la Diputación Provincial que las acompañará con su informe".

De esta forma se diseña un sistema de "aprobación" de las Ordenanzas municipales que ha tenido **gran fortuna** en nuestro Derecho histórico (y cuyos antecedentes históricos ya pudimos percibir se remontan al siglo XVI con la técnica de la "aprobación real"), con la novedad de que el órgano encargado de realizar la aprobación fuese las Cortes. La justificación de esta regulación, en cuanto remite a las Cortes como el órgano competente para su aprobación, lo ha encontrado Embid Irujo en la voluntad totalizadora en la función normativa y centralizadora del poder político que

parece evidenciarse de esta Constitución de 1.812⁸¹; sin que esta aprobación significase otra cosa que un "atípico medio de control" que, según este autor, no transmite a estas Ordenanzas "alguna característica legal"⁸², ni faculta a las Cortes para su reforma y modificación.

Con posterioridad esta función fue asumida por los órganos del poder ejecutivo, así a partir de la Ley municipal de 1.835 se preveía la existencia de la necesaria aprobación por el monarca⁸³.

Esta situación se repite, sino es que se agudizan las

⁸¹.- EMBID IRUJO, A., cit., págs. 82 a 84, y que este autor justifica en varias razones distintas:

a) La **ideología** que subyace a la Constitución de fortalecer el poder de la Cortes para impedir cualquier injerencia del poder del monarca en los asuntos considerados como propios de discusión y aprobación de las Cortes. En este sentido ha de interpretarse el amplio elenco de funciones de las Cortes referido en el artículo 131 de esta Constitución, y que sobrepasa considerablemente la estricta función legisladora, tal y como ha puesto de relieve GALLEGO ANABITARTE, A., *Ley y reglamento...*, cit., págs. 171 y 172, cuando señala que "estos asuntos, que parecen enumerados a continuación de la atribución de *proponer* y *decretar* leyes a las Cortes, eran todo menos actos administrativos, eran todo menos leyes formales, eran Decretos de Cortes emitidos expresamente **sin sanción de ley**, que escondían una variadísima gama de actos jurídicos".

b) Ciertamente, y muy relacionado con el anterior, la influencia del principio de separación de poderes tal y como se formuló en el Derecho francés durante el periodo revolucionario, en concreto en la Constitución de 14 de septiembre de 1.791 y, respecto del ámbito local, en la ley de 22 de julio de 1.791 "que prohibía a todo cuerpo municipal hacer reglamentos. La Constitución de Cádiz, inspirándose en esas ideas, atribuye al órgano productor del Derecho más alto, la ley, la aprobación de las Ordenanzas locales".

c) Incluso la de significar la continuación de la tradición histórica de que fuesen aprobadas por el Consejo de Castilla ("confirmación real").

⁸².- EMBID IRUJO, A., cit., pág. 89, es decir, las Cortes aprobarían o no la Ordenanza, "lo cual no quiere decir que se consideren **derecho elaborado** por las Cortes".

⁸³.- Artículo 48, apartado 17º, del Real Decreto de 23 de julio de 1.835 para el arreglo provisional de los Ayuntamientos del Reino, y que literalmente señalaba que era competencia de los Ayuntamientos: "*Formar las ordenanzas municipales, que remitirán al Gobernador Civil, y este elevará con su informe a la aprobación de S.M.*".

fuerzas centrípetas de los poderes del Estado, con la Ley municipal de 1.840 que continúa facultando a los Ayuntamientos únicamente en la actividad de deliberación respecto de las Ordenanzas, con la salvedad de las referidas a los aprovechamientos comunales que serían de auténtica "innovación autónoma" en esta materia.

Situación que se mantiene en la Ley municipal de 1.845, con la salvedad de incluir la aprobación de las bandos del Alcalde por el Jefe político para que tuviesen eficacia, artículo 73, párrafo 6º. Aprobación que la Ley municipal de 1.856 sólo dispensa respecto de "*los reglamentos y disposiciones para la ejecución de la policía urbana y rural*" (artículo 126, 3º), puesto que para el resto de Ordenanzas, su **formación y reforma** era indispensable "*la aprobación de la Diputación provincial y el Gobernador de la provincia*", artículo 128, 1º; mientras que sólo sería necesaria la aprobación de la Diputación cuando se refiriese a la "*creación, reforma, sustitución y supresión de arbitrios, repartimientos y derechos municipales*", artículo 127, 2º.

Sin que con posterioridad⁸⁴ la Ley municipal de 1.870

⁸⁴-. En este sentido EMBID IRUJO, A., cit., pág. 141, muestra el ejemplo de la superioridad del poder del Estado respecto de los municipios, en su versión normativa: reglamento estatal frente a Ordenanza local; el contenido de la Real Orden de 7 de septiembre de 1.867 es contrario a la Ordenanza municipal de Gijón sobre la anchura de la acera que debe sufragar el propietario de la finca que linda con ella, la respuesta del Consejo de Estado no puede ser más rotunda:

"que supuesta la contradicción entre las Ordenanzas municipales y las disposiciones del Gobierno de carácter general, habrá de estarse en primer término a lo que éstas determinen, porque sobre las mismas **no pueden aquéllas prevalecer**".

realice una significativa modificación en este tema, por cuanto su artículo 71 requiere la aprobación del "Gobernador, de acuerdo con la Comisión provincial", y en caso de discordia si el Ayuntamiento insiste "corresponde al Gobierno, previa consulta al Consejo de Estado"; interesante parece el papel que juega tanto la Comisión provincial como el Consejo de Estado, éste se limitará a realizar un informe no vinculante, no obstante la actuación de la Comisión provincial parece **más activa**: "de acuerdo", por lo que la voluntad de ésta parece vincular la opinión del Gobernador.

Retornando la ley municipal de 1.876 a la práctica tradicional de solicitar la aprobación del Gobernador incluso en el supuesto de ordenanzas municipales de policía urbana y rural, sistema que se mantiene en la Ley municipal de 1.877.

2º.- El Estatuto municipal de Calvo Sotelo, un gran paso adelante: la supresión de la aprobación estatal.-

Y no es sino hasta el Estatuto municipal de Calvo Sotelo donde se elimina todo tipo de aprobaciones respecto de las normas de origen local, que así entrarán "*desde luego en vigor*" (artículo 166 del Estatuto municipal), quedando únicamente en manos del Estado la posibilidad de impugnar éstas ante los Tribunales de Justicia, demostrando pues realmente esta normativa el talante autonomista que la preside⁸⁵.

Esta regulación normativa supone pues un avance innegable respecto de la situación anterior, por cuanto no sólo deja de existir algún tipo de aprobación estatal, sino por cuanto el control judicial se va a centrar únicamente en los vicios de ilegalidad en que se pueda haber incurrido; así, el artículo 168 del Estatuto cuando regula el procedimiento de impugnación señala que:

"Si el Ayuntamiento insistiese en mantener su

⁸⁵.- Como reconoce EMBID IRUJO, A., *cit.*, pág. 206, esta regulación de las Ordenanzas supone acoger las premisas sentadas en el proyecto de Maura de 1.907, con la salvedad de otorgar al Estado la legitimación activa para impugnar el contenido de las Ordenanzas ante los Tribunales de Justicia.

texto primitivo, el Gobernador podrá trasladarlo al Fiscal de lo contencioso-administrativo, al sólo efecto de que interponga demanda ante el Tribunal provincial, que resolverá sobre la legalidad o ilegalidad de las Ordenanzas".

Además este Estatuto prevé la posibilidad de que el enjuiciamiento en sede judicial se pudiera realizar de dos formas: además del control indirecto de las Ordenanzas por medio de la impugnación de los acuerdos dictados en su aplicación, se regula el control directo por medio de la impugnación de éstas ante los Tribunales de Justicia (art. 168); lo que sin duda supone adelantar el régimen de recursos instaurado luego en la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa⁸⁶.

Este procedimiento general del Estatuto municipal cuenta con una única excepción referida a las Ordenanzas fiscales; en éstas sí resulta necesaria la aprobación por el Delegado de Hacienda.

La justificación a esta quiebra del régimen general se establece en el propio Preámbulo del Estatuto:

"la actividad de los Ayuntamientos, si careciese

⁸⁶.- Y es que como señala SANZ RUBIALES, I., *El Contencioso interadministrativo*, cit., pág. 35, esta posibilidad normativa fue realmente innovadora, por cuanto este procedimiento de impugnación directa de las normas reglamentarias "no se generalizó sino hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1.956".

de cauce y frenos preventivos, cuando toca a los intereses generales de los contribuyentes, podría degenerar en peligrosa arbitrariedad, difícilmente subsanable a posteriori con recursos judiciales que a lo sumo corregirán el caso individual, nunca el error de principio o el absurdo técnico".

Actuación del Delegado de Hacienda que podría conllevar la denegación de la aprobación, en cuyo caso se debiera hacer constar *"los particulares de las mismas que deban modificarse y las razones concretas en que se funde cada propuesta de modificación"*; lo que, sin duda, supone una severa restricción al control estatal por cuanto éste sólo puede operar por alguna de las causas taxadas recogidas en el Estatuto⁸⁷:

"a) La incompetencia de Corporación o cualquier otra infracción legal o reglamentaria.

b) La existencia de defectos de forma que hagan imprecisa la determinación de la base o de la obligación de contribuir".

⁸⁷.- Y contenidas en el artículo 323.

3º) La aprobación de las Ordenanzas locales en la legislación franquista: un sistema heterogéneo.-

Con el triunfo del régimen franquista y la concepción que se tenía del poder y su titularidad, los municipios quedan relegados a una participación **corporativista** en el nuevo modelo político que este régimen instaura y que conduce a una heterogénea regulación del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general dictadas por las Entidades locales.

La **técnica de la aprobación de las Ordenanzas municipales** pervive, pero con la salvedad de instaurar un heterogéneo sistema que ha producido ciertas dificultades de interpretación en la doctrina de nuestro país, fundamentalmente referidas a las funciones atribuidas a los Gobernadores Civiles; actuación distinta dependiendo de que las Ordenanzas se refiriesen a materias de construcción, viviendas y edificación en general, aprovechamiento de montes comunales y exacciones, o al resto de materias, a las que Boquera Oliver califica como "Ordenanzas no específicas"⁸⁸.

⁸⁸.- BOQUERA OLIVER, J.M., "La aprobación de las Ordenanzas municipales", R.E.V.L., nº 162, abril-junio 1.969, pág. 245.

Comenzando por estas últimas, las "Ordenanzas no específicas" o aquéllas de régimen general, el proceso de elaboración era el siguiente, artículos 108 y siguientes del Texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 1.955: se facultaba a los Ayuntamientos para aprobar "*ordenanzas y reglamentos y los Alcaldes para dictar Bandos de aplicación general*".

Estas Ordenanzas, una vez aprobadas por el Ayuntamiento, debían ser expuestas durante quince días a los vecinos, quienes podían elevar reclamaciones que debía resolver el Ayuntamiento. Después de esto se elevaba la Ordenanza al Gobernador Civil de la provincia quien, en el plazo de 30 días, debía "*advertir a la Corporación municipal las infracciones legales que contengan*"; si no se formulaba ninguna advertencia éstas pasaban a tener carácter ejecutivo, si, por el contrario, se efectuaba la advertencia reseñada, ésta tendría la finalidad de suspender la eficacia de la norma y se debería dar cuenta de ella a los Tribunales para que decidiesen en consecuencia: "*revocaría la suspensión o declarará la nulidad de las Ordenanzas o Reglamentos*", artículo 110, apartado segundo.

Ante esta regulación la doctrina ha considerado que no se trata de un supuesto de **control agudo** por la

Administración del Estado⁸⁹: pues el Gobernador Civil no puede "negar esa aprobación"⁹⁰; no obstante tan plausible regulación de las Ordenanzas municipales tiene una quiebra preocupante, la existencia de una pléyade de regímenes especiales, y con controles mucho más severos⁹¹, así lo ha

⁸⁹.- En sentido opuesto se manifiesta DE LA VALLINA VELARDE, V., "Consideraciones sobre la potestad normativa de las Entidades locales", R.E.V.L., n° 176, octubre-diciembre 1.972, pag. 616, vid. not. 53, al considerar que esta regulación no atribuye más que una intervención "del Gobernador (...) a través de un acto administrativo de conocimiento o comprobación".

No obstante la opinión de la mayoría de la doctrina era partidaria de considerar esta regulación cómo una facultad de aprobación, GARCIA-TREVIJANO, BOQUERA OLIVER, ABELLAN, citados todos por DE LA VALLINA VELARDE. En igual sentido se manifiesta SANZ RUBIALES, I., *El Contencioso interadministrativo ...*, cit. pág. 43.

Critica esta posición mayoritaria de la doctrina BOIX REIG, V., "Los reglamentos municipales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", R.A.P., n° 78, septiembre-diciembre 1.975, pág. 257, al considerar que existe un doble régimen en esta materia dependiendo del tipo de reglamento local ante el que nos encontremos; así, respecto de los "reglamentos independientes de organización y en los ejecutivos de relación, el trámite gubernativo se configura como la auténtica aprobación del Reglamento **que hasta entonces ha sido simplemente preparado por la Administración**": mientras que en los reglamentos ejecutivos de organización y en los independientes de relación esta técnica operaría "como un presupuesto de eficacia de un Reglamento ya válido".

⁹⁰.- EMBID IRUJO, A., cit., pág. 392, considera que el Gobernador únicamente podía diferir "en última instancia, a un órgano judicial la resolución de las discrepancias posibles"; en idéntico sentido ya se había expresado BOQUERA OLIVER, J.M., "La aprobación de ...", cit., pág. 246, de forma que considera que lo único que puede hacer el Gobernador es "suspender el plazo de aprobación tácita", pues en realidad "el Municipio sí es quien decide, él es quien crea las crea o les da nacimiento, o, cuando menos, la Ley le ofrece la posibilidad de hacerlo así. Le permite mantener su voluntad frente a la Administración del Estado, pues sólo el Poder judicial constitucionalmente encargado de anular la actuación antijurídica de cualquier sujeto de Derecho, puede destruir la Ordenanza. La Ley ha privado al Gobernador civil de la facultad de **desaprobar** las Ordenanzas municipales, y el resultado ha sido reconocer a los Municipios el poder de dictar Ordenanzas no específicas"; por lo que concluye afirmando que en este procedimiento no se puede hablar de la existencia de "aprobación" por el Gobernador civil, que no puede "desaprobar" las Ordenanzas presentadas, porque "la aprobación desaparece siempre que se intenta ponerle límites".

⁹¹.- De forma que cómo ya denunciara ALBI, F., "Las desviaciones inmediatas de la crisis del municipalismo", R.E.V.L., n° 150, noviembre-diciembre 1.966, pág. 855, la regulación del concepto general se ve "desvirtuado por una disposición especial paralela, que lo somete, de modo directo y concreto, a la Administración central del Estado, de tal forma que esa frondosa legalidad marginal ha ido vaciando, lentamente, todo lo privativo y peculiar de aquél hasta dejarlo prácticamente anulado, determinando una casi **completa estatización** de su competencia". Descripción de la situación, para nuestro ámbito de estudio, que también ha sido formulada por EMBID IRUJO, A., cit., pág. 396, al señalar que el amplio campo de libertad de actuación dejado a los municipios es restringido "de tal forma que las cuestiones más importantes de la normativa local siguen hoy otros cauces, otros caminos de elaboración y control, en los que se hace más intensa la intervención de la Administración".

puesto de manifiesto Boquera Oliver⁹² respecto de las Ordenanzas de exacciones, edificación y aprovechamiento de bienes comunales.

En estas materias la normativa especial impone tan serios controles a la inicial actuación normadora de los municipios que se puede manifestar que "el Ayuntamiento se ha limitado a colaborar con fortuna en la preparación técnica de una propuesta de Ordenanza que al Delegado de Hacienda le resultó placentero hacer suya"⁹³, y es que los controles establecidos en la normativa sobre Régimen Local para estas Ordenanzas sobre exacciones hacían depender de la voluntad del Delegado de Hacienda el contenido sustantivo de éstas, lo que condujo a García-Trevijano a señalar que este era uno de los supuestos de "procedimientos bifásicos" en los que el acuerdo final correspondía a la Administración del Estado⁹⁴.

⁹².- BOQUERA OLIVER, J.M., "La aprobación ...", *cit.*, pág. 241.

⁹³.- BOQUERA OLIVER, J.M., *cit.*, pág. 243, cuando se refiere a las Ordenanzas municipales sobre exacciones.

⁹⁴.- GARCIA-TREVIJANO FOS, "La Autonomía municipal...", *cit.*, pág. 761. Este autor, pretendiendo interrelacionar la Autonomía local con los controles estatales, efectúa una diferenciación en la actividad controladora del Estado respecto de la actuación de las Entidades locales entre "aprobaciones" y "procedimientos unitarios bifásicos" que ha tenido un notable eco en nuestra doctrina.

Para este autor había pues "que distinguir inmediatamente entre los supuestos de aprobación en sentido estricto en que existen dos procedimientos, uno el que da origen al acto inicial y otro que se instaura ante el ente de control y cuya finalidad es la aprobación o desaprobación, y aquellos otros en que existe un único procedimiento estructurado en dos fases: local y estatal (...). Es éste último una nueva técnica de control mucho más potente que la clásica de las aprobaciones".

Veámoslo con cierto detalle, el artículo 723, apartado 2º, del Texto articulado de la Ley de Bases de Régimen Local de 1.955 señalaba que el Delegado de Hacienda resolvería sobre *"las Ordenanzas y sus reclamaciones (...), y señalará los particulares de las Ordenanzas que deban modificarse"*, así cómo *"deberán expresar concretamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos impugnados"*, artículo 726, párrafo 3º, frente a tales modificaciones el Ayuntamiento sólo podía recurrir este acuerdo ante los Tribunales de lo contencioso.

No otra es la suerte que corrían las Ordenanzas sobre construcciones y viviendas, dado que las preparaban los Ayuntamientos para enviarlas al Ministerio de la Vivienda quien señalaba *"las deficiencias de orden técnico y subsiguientes modificaciones que procediere introducir para que, subsanadas por la Corporación, (...) las eleve de nuevo a la aprobación definitiva del órgano competente"*, artículo 32 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1.956; por lo que se confiere al órgano estatal la competencia de aprobación definitiva de la Ordenanza y la determinación del contenido de ésta, porque de lo contrario no la aprobaría. Una vez más *"si los municipios quieren actuar, moverse, vivir, terminarán por pasar bajo las horcas caudinas que se les hayan levantado"*⁹⁵.

⁹⁵.- Con tan expresiva frase define BOQUERA OLIVER, J.M., cit., pág. 243, la situación en este tipo de Ordenanzas y, en definitiva, la imposición de la voluntad estatal sobre la local.

Por último, respecto de las Ordenanzas de aprovechamientos de montes comunales, quizás uno de los ámbitos de mayor normación de los municipios, y mayor lugar de encuentros y desencuentros en las comunidades locales, era necesaria la aprobación del Ministerio de la Gobernación, lo que convertía estos acuerdos en los **definitivos** en el procedimiento para su aprobación⁹⁶.

Y es que, primero la Ley de 23 de diciembre de 1.948 sobre aprovechamientos de maderas en montes comunales, y luego el artículo 192, apartado 4º, del Texto articulado de la Ley de Régimen Local de 1.955 establecieron la necesidad de la aprobación de estas Ordenanzas por el Ministerio de la Gobernación, *"el cual las otorgará o denegará, oído el Consejo de Estado"*, cuando regulasen las condiciones singulares y la cuantía máxima de las suertes o lotes.

En definitiva, la aprobación, que de una u otra manera ha venido operando en la actuación normativa de las Entidades locales, con la excepción de los Estatutos de Primo de Rivera, no significa sino la instrumentación

⁹⁶.- De esta forma se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de octubre de 1.963, ref. Ar. 4.735, Ponente Sr. Arias Ramos, cuando manifiesta que "dados los especiales trámites de su confección y aprobación; aprobación solicitada por instancia de la Alcaldía al Ministro de la Gobernación, **cuya resolución es, en dicha tramitación, el acto definitivo**". Y es que como concluye la sentencia de este Alto Tribunal de fecha 31 de mayo de 1.954, ref. Ar. 1.903, en este tipo de Ordenanzas especiales, "para su aprobación que ya no corresponde a los Municipios, como en las Ordenanzas comunes, sino al Ministro de la Gobernación, previo dictamen del Consejo de Estado, de manera que en casos como el actual, han de elevar los Ayuntamientos a dicho Departamento, y así en efecto se hizo, **lo que en realidad sólo es un proyecto municipal de Ordenanza para su definitiva aprobación ministerial**".

jurídica de "la sustitución de la voluntad del inferior por la voluntad del superior"⁹⁷ esta vez en materia normativa; lo que según la tesis de Einsenmann⁹⁸, y aceptada por nosotros en este trabajo, no significará sino la existencia de una relación de subordinación sobre las autoridades u órganos que en esta situación se encuentren, y la relación de subordinación, en todo caso, de las normas locales frente a las estatales, leyes y reglamentos, incluso dentro del contenido sustantivo de su regulación.

Acreditamos, o así lo pretendemos al menos, cómo la propia situación de las Entidades locales respecto del Estado influye **poderosamente** sobre las normas locales que unas y otro establecen, jugando en esta relación el procedimiento de elaboración de las normas un papel importante en esta relación de subordinación de voluntades.

⁹⁷.- Así concluye BOQUERA OLIVER, J.M., *cit.*, pág. 250.

⁹⁸.- EISENMANN, CH., *cit.*, pág. 265 y sgs.

4^o.- Las Leyes y los Reglamentos de origen local.

Como señala Embid Irujo, el estado de la situación en este tipo de relaciones parece no admitir ninguna duda, ni para la doctrina ni para la jurisprudencia: la superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento local incluso parece provenir de "la naturaleza de las cosas"⁹⁹.

Y ello a pesar de algunas opiniones discordantes que, como la expresada por Posada, pretendían evidenciar la operatividad de las Ordenanzas como normas con "fuerza de ley" y dimanantes de una auténtica facultad **legislativa local**¹⁰⁰, de manera análoga a cómo se actúan las funciones legislativas y ejecutivas por el Estado¹⁰¹, con las limitaciones y condicionamientos derivados de "la situación

⁹⁹.- EMBID IRUJO, A., *Ordenanzas y Reglamentos ...*, cit., pág. 616.

¹⁰⁰.- POSADA, A., *Enciclopedia Jurídica Seix*, Vol. XXIV, voz "Ordenanzas Municipales", pág. 26, básicamente.

¹⁰¹.- Esta idea parece derivarse de la concepción material de Ley que sostuvo DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho público*, trad. esp., págs. 185 a 187, en el Derecho francés, aceptando este autor la existencia de **leyes locales**, a la vez que leyes estatales derivadas del poder central del Estado. Resulta ciertamente significativa esta posición adoptada por POSADA, A., cit., pág. 26, por cuanto hace derivar la facultad normativa de las Entidades locales del hecho de ser el instrumento necesario para la realización de las funciones y competencias asumidas por éstas, básicamente del título competencial derivado de la expresión "policía urbana y rural" que, como competencia propia, fue definida por la ley municipal en aplicación de la formulación constitucional de su capacidad para "el gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos" (art. 84 del texto constitucional de 1.976).

De esta forma llega a la siguiente conclusión: "las Ordenanzas municipales como fuentes de Derecho Administrativo local" con la finalidad básica de servir "de complemento indispensable (a la ley), ó la adaptación local de la ley Municipal", pág. 28.

del Municipio español", respecto del Estado, al encontrarse en una situación de "jerarquía político-administrativa" respecto de aquél¹⁰².

El contenido de las Leyes supone un límite infranqueable para los reglamentos como consecuencia del principio de jerarquía normativa¹⁰³ y, por ende, tal y como se pudo comprobar en el apartado anterior de este trabajo, del carácter propio de aquéllas frente a éstos: poder legislativo versus ejecutivo, en el último de los "eslabones de la cadena administrativa".

En este sentido, y respecto a la relación Ley-reglamento estatal, resulta muy ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de octubre de 1.959 cuando

¹⁰².- POSADA, A., cit., pág. 26. Si aceptamos la existencia de unas Entidades locales como entes **distintos** del Estado, aunque sometidos con "jerarquía político-administrativa" a este, como hace POSADA, existirán normas jurídicas emanadas de tales entidades que, en el marco de sus competencias operarán "con fuerza de ley", esto es, con obligatoriedad para todos los ciudadanos y los poderes públicos.

En cambio, si partimos de la premisa opuesta, las Entidades locales como **una parte del cuerpo del Estado**, como afirma BERMEJO GIRONES, J.I., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, voz "Ayuntamiento", pag. 232, y, por tanto, como "una unidad natural de convivencia", las Entidades locales ni necesitaran una función normativa, ni la que lleguen a utilizar servirá sino para servir de elemento **administrativo** de ejecución de las normas estatales.

Esta dualidad señalada será inquirívocamente reflejada, consientemente o no, en la mayoría de las aportaciones realizadas en torno a la capacidad normativa de las Entidades locales, su naturaleza y sus relaciones con las normas del Estado, según tendremos ocasión de percibir a lo largo de todo este trabajo.

¹⁰³.- Referida en una expresión clásica en nuestro Derecho público y contenida en multitud de textos normativos relativos al Régimen local: así el Texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local, de fecha 17 de julio de 1.945 y 3 de diciembre de 1.953, en el artículo 108 reseña cómo "*En la esfera de sus competencias, los Ayuntamientos podrán aprobar Ordenanzas y Reglamentos, y los Alcaldes dictar Bandos de aplicación general en el término municipal. Ni unas ni otras contendrán preceptos opuestos a la leyes o disposiciones generales*".

señala que:

*"el orden o jerarquía de normas o preceptos de derecho objetivo recogido en los artículos 23, 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 de julio de 1.957 y en el 47, número 2º, de la Ley de Procedimiento Administrativo es en nuestro derecho, leyes, reglamento, decretos y órdenes de distinto rango según la autoridad que las dicta"*¹⁰⁴.

Y es que en este sentido ya el ordenamiento jurídico español, en el artículo 7º de la Ley provisional sobre organización del poder judicial, de fecha 15 de septiembre de 1.870, ya establecía un riguroso orden jerárquico en la relación Ley-reglamentos locales, al prohibir a los Tribunales aplicar:

*"los reglamentos generales, provinciales o locales (...) que sean o estén en desacuerdo con las leyes"*¹⁰⁵.

De esta forma, a lo largo de las diversas leyes reguladoras del Régimen local, se aprecia que la Ley estatal ha sido un límite infranqueable para la actuación de las Entidades locales.

¹⁰⁴. - Ref. Ar. 3.550, Ponente Sr. Docavo Núñez.

¹⁰⁵. - Lo que nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de febrero de 1.930; ref. Ar. 2.487.

Así, en la Ley municipal de 1.843 se señalaba cómo la actuación normativa local debería ser "*conforme a las leyes*", artículo 67; y en las de 1.868 y 1.877 se prohibía a los reglamentos locales contradecir "*las leyes generales del país*".

La rotundidad y aceptación mayoritaria de la doctrina de tal situación normativa es evidente. Lo que, por otra parte, es compartido por la jurisprudencia de nuestros Tribunales como se puede evidenciar de la lectura de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de enero de 1.960¹⁰⁶:

"Las ordenanzas de las Corporaciones o Entidades locales, cuando y en cuanto se opusieren esencialmente, contradiciéndolas o vulnerándolas, a las leyes, no pueden, de ningún modo, prevalecer contra éstas, habiéndose de estar entonces, en tales casos de oposición o contradicción, a lo que expresamente se dispusiere en estas leyes".

¹⁰⁶.- Ref. Ar. 343, Ponente Sr. De Paula Serra Martínez.

5^o.- Los reglamentos estatales y las normas de origen local.

Desde un punto de vista estrictamente histórico¹⁰⁷ parece evidente que la situación ha sido de una superioridad jerárquica de los reglamentos estatales sobre los locales, según ha tenido ocasión de poner de manifiesto la casi generalidad de la doctrina de nuestro país¹⁰⁸; ello no obstante ha habido un núcleo de autores que, por diversas razones, han señalado una postura distinta.

Así, conocida ya la postura de Posada¹⁰⁹, más

¹⁰⁷.- Como señala VALLINA VELARDE, V. DE LA, "Consideraciones sobre ...", *cit.*, pág. 621, cuando señala cómo "en nuestro Derecho histórico durante los siglos XIX y XX, la regla general que condicionaba las Ordenanzas locales a las Leyes y Reglamentos generales, entendiéndose por éstos los de la Administración pública estatal".

¹⁰⁸.- De esta forma se expresaba con rotundidad POSADA HERRERA. J., DE, *Lecciones de Derecho Administrativo*, *cit.*, pág. 289, cuando restringía la facultad normadora de los Ayuntamientos al "derecho público del país", lo que se lograría también por el procedimiento de elaboración de los reglamentos de origen local, mediante su aprobación por el legislador o por el ejecutivo. Más recientemente ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I., Tecnos, 8^a ed., Madrid, 1.983, señala como los reglamentos estatales se encuentran jerárquicamente supraordenados a los locales; en igual sentido se expresa GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo* vol. I, 10^a ed., Tecnos, Madrid, 1.987, pág. 247. Aunque por razones diversas también BOQUERA OLIVER, J.M., "Los límites del poder de ordenanza", *cit.*, pág. 517, considera que "entre las ordenanzas y las disposiciones generales del Estado existe una relación de jerarquía".

¹⁰⁹.- Y ello puesto que las normas jurídicas emanadas de las Entidades locales se ha llegado a denominarlas como "leyes", según manifestó ya POSADA, A., *Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo XXIV, pág. 25 y sgs, "en la cual la representación oficial del municipio mismo se mueve realizando actos u operaciones que implican el ejercicio de funciones normativas o de decisión, las cuales, por analogía con las realizadas por el Estado, estimanse como funciones **legislativas** y ejecutivas, aunque en razón de la situación del municipio español en el mecanismo de una jerarquía político-administrativa esas funciones están

recientemente Villar Palasí¹¹⁰, y de manera más rotunda De la Vallina Velarde¹¹¹, han considerado la necesidad de admitir ciertas matizaciones a esta supuesta jerarquía normativa. De esta forma, éste último considera que si bien era admisible la superioridad de los reglamentos estatales siempre que proviniesen del ejercicio de competencias normativas por el Consejo de Ministros, no lo serían respecto de otras actuaciones normativas de la Administración del Estado en materias propias de los asuntos de las Entidades locales; mientras que en el resto de asuntos compartidos con la Administración del Estado, la jerarquía normativa actuaría en favor de los reglamentos estatales.

La construcción resulta interesante, no sólo por ser precursora en nuestra doctrina tal y como se denota en la posterior obra de Embid Irujo¹¹², sino porque evidencia una

ampliamente condicionadas y reguladas".

¹¹⁰.- En su obra *Derecho Administrativo*, Madrid, 1.968, pág. 255.

¹¹¹.- VALLINA VELARDE, V. DE LA, *cit.*, pág. 619 y sgs.

¹¹².- Expresada en su obra *Ordenanzas y reglamentos ...*, *cit.* pág. 616 y sgs, "in extenso" pág. 643 en la que realiza el balance doctrinal de las anteriores, con la introducción de ciertas modificaciones ciertamente interesantes al considerar que "los reglamentos locales encuentran una limitación a su contenido en las disposiciones generales del Estado que **desarrollen una ley**, pero **no en aquellas que no cuenten con tal apoyo**". Y ello hasta el punto de plantear "de lege ferenda" las siguientes soluciones:

1° Reconocimiento constitucional expreso de la autonomía normativa a favor de los entes locales.

2° Reservar a dicha autonomía una serie de materias concretas por vía de Ley formal, sin perjuicio de la reserva que pueda hacerse en favor de los Reglamentos estatales en determinadas cuestiones.

3° Inordinación del Reglamento local respecto del estatal pero no subordinación del mismo, ya que aquél estaría directamente ordenado a la Ley.

4° Las normas autonómicas prevalecerían sobre los Reglamentos estatales como leyes especiales dentro de su esfera propia, es decir, cuando respeten el fin autonómico del ente y no afecten a las Leyes ni a los Reglamentos estatales en el ámbito de ellos".

discusión normativa centrada, no en la exclusiva y automática operatividad del principio de jerarquía normativa¹¹³, sino en el previo e ineludible estudio de la situación de las Entidades locales con relación al Estado y las consecuencias que de ello se derivan en los principios que rigen el ordenamiento jurídico.

¹¹³.- Que el propio BOQUERA OLIVER, J.M., "Los límites del poder...", cit., pág. 514, no acierta a comprender su operatividad entre "las disposiciones generales y las ordenanzas" si ambas son componentes del "Ordenamiento jurídico".

a.- Evolución normativa en el período
constitucional: desde Cádiz a la etapa
franquista.-

Si esta era la situación doctrinal, con las interesantes aportaciones citadas, no otra situación era la reflejada en la normativa existente en nuestro país. De esta forma las normas locales han sido habilitadas para actuar **siempre en cumplimiento** de las leyes y disposiciones generales del Estado; un buen ejemplo de esta situación lo encontramos reflejado, como sedimento de esta corriente normativa, en el artículo 108 del Texto articulado de las Leyes de Bases de Régimen Local de 1.955 cuando establece la obligación de aquellas de atemperarse a las leyes y a las disposiciones generales:

"En la esfera de su competencia, los Ayuntamientos podrán aprobar Ordenanzas y Reglamentos, y los Alcaldes dictar Bandos de aplicación general en el término municipal. Ni unas ni otros contendrán preceptos opuestos a las leyes o disposiciones generales".

Esta subordinación jerárquica a las normas reglamentarias estatales arranca ya de la Constitución gaditana de 1.812 que obligaba a los municipios a presentar

sus Ordenanzas ante las Cortes para su aprobación¹¹⁴, y se mantiene con la pervivencia del procedimiento de aprobación gubernativa¹¹⁵ de las normas locales que hemos estudiado en el epígrafe anterior de este trabajo.

Además, y **expresamente**, esta relación de subordinación jerárquica se establece ya en la Ley municipal de 1.843, cuando al atribuir la función normativa a los municipios señala (artículo 63) como ésta será "*conforme a las leyes y reglamentos*"; texto que es repetido en la Ley municipal de 1.845 (artículo 81), mientras que las de 1.868 y 1.877 ofrecen un texto aparentemente distinto pues referencian su subordinación jerárquica "*a las leyes generales del país*", aunque en realidad no lo era tal puesto que esta expresión hacía referencia a toda la normativa dictada por el Estado¹¹⁶.

Situación de subordinación jerárquica a la que además, y como consecuencia, se ha acompañado un fenómeno de pérdida de ámbitos materiales de actuación de las Entidades

¹¹⁴.- Dado que lo que se pretendía con este procedimiento de aprobación no era sino evitar la realización de disposiciones generales por los municipios contrarias al contenido de las normas estatales; esto se puede deducir del artículo XXV, Capítulo I, del Decreto de fecha 23 de junio de 1.813 que aprueba la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias, cuando señala cómo los Ayuntamientos podrían dictar normas jurídicas, en el resto de materias no enumeradas expresamente siempre que se refieran a los "*demas objetos que les están encomendados*", pero ello siempre que "*no se opongan a la presente instrucción*".

¹¹⁵.- Recuérdese la opinión vertida por POSADA HERRERA, J., DE, cit., pág. 289 a este respecto.

¹¹⁶.- En este sentido se expresó la opinión de la doctrina y la jurisprudencia de la época, según recoge EMBID IRUJO, A., Ordenanzas y ..., cit., pág. 158.

locales; en este sentido Embid Irujo¹¹⁷ ha tenido ocasión de señalar cómo las normas reglamentarias del Estado, sin ninguna justificación razonable¹¹⁸, habían entrado a regular las materias que hasta fechas recientes eran propias de las normas locales en una suerte de **expropiación normativa**¹¹⁹ de los ámbitos de actuación de las normas locales.

Situación que no es solamente producto de alguna actuación "peculiar" de los poderes estatales de nuestro país, sino que resulta similar a la acaecida en otros países europeos cuando la progresiva implantación del Estado social produjo una intervención creciente de éste en ámbitos de actuación que hasta entonces no habían regulado, y, desde otro punto de vista, confirmó el debilitamiento de la posición de las Entidades locales frente al aparato del Estado como consecuencia de la aceptación del principio del monopolio de éste para la realización de las nuevas funciones públicas que comienzan asumir desde principios del siglo XX.

¹¹⁷.- EMBID IRUJO. A., *Ordenanzas y ...*, pág.

¹¹⁸.- Expresión que no puede ser entendida en el sentido de que no exista **ninguna justificación** para esta actuación, que la hay y esta es muy clara: la potenciación de la figura del Estado como único elemento político conformador de la totalidad del ordenamiento jurídico, desplazando así culaquier tipo de "rival" político, sino que tal actuación carece de elementos históricos que la avalen, o pueda deducirse de una hipotética conformación de los poderes públicos de nuestro Estado.

¹¹⁹.- Y es que como señala NIETO, A., "Organización local: uniformismo y variedad", en la obra colectiva de MARTIN-RETORTILLO, S., *Descentralización administrativa y organización política*, cit., pág. 28, refiriéndose a la legislación franquista: "Si bien, por una parte, el legislador reconoce a los entes locales un amplio repertorio de competencias; por otra parte, ha vaciado de hecho su esfera de actuación al posibilitar que la Administración del Estado ejerza las mismas actividades (...). Dicho claramente: el ente natural se convierte en una ficción y la autonomía municipal en una simple declaración sobre el papel".

De esta forma podemos advertir la existencia de una relativa actividad normadora de las Entidades locales en sectores tales como los de policía, salubridad, higiene, educación¹²⁰, pero siempre, y ese este el dato esencial que nos permitirá comprender la situación internormativa existente, respetando el contenido de las leyes y de los reglamentos estatales¹²¹.

¹²⁰.- POSADA, A., cit., pág. 28 apunta el siguiente dato estadístico: Según los datos aportados por los Gobernadores civiles en 1.908, de los 9.266 municipios que existían en nuestro país, 5.210 no tenían Ordenanzas, mientras que 3.981 sí la tenían, y 75 municipios más, pese a tenerlas, no las habían aportado, incumpliendo pues la obligación que la R.O. de fecha 14 de marzo de 1.908 había establecido de enviar por el municipio al Gobernador civil "dos ejemplares de las Ordenanzas municipales, expresando en que parte se hallan vigentes ó, en las cuáles no, ó si estan totalmente en desuso".

¹²¹.- Como afirma DE LA VALLINA VELARDE, "Consideraciones sobre la postestad normativa ...", cit., pág. 613.

b) La situación en la Jurisprudencia de nuestros Tribunales.-

No obstante esta regulación de subordinación jerárquica, han existido resoluciones judiciales, como la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de diciembre de 1.904¹²², que señalaban la preferente aplicación de las normas locales sobre las estatales como consecuencia de la propia operatividad de las normas jurídicas en el ejercicio de las competencias municipales.

Sentencia que incorpora, implícitamente, una suerte de **prevalencia de intereses, principio de competencia y especialidad en esta materia**, para declarar la preferente aplicación de un reglamento local sobre una norma reglamentaria estatal, pero que no constituye el exponente de la generalidad de la jurisprudencia en aquella época sino que esta es, justamente, la contraria: la aplicación

¹²².- Recogida por POSADA, A., voz "Ordenanzas...", cit., pág. 143. Esta sentencia de fecha 3 de diciembre de 1.904 estudia el supuesto de un dueño de una tienda de ultramarinos que vendía lejía, lo que estaba prohibido por la Ordenanza municipal de la villa de Madrid en su artículo 4º, y el infractor alega que ello era posible dado que el reglamento de la Contribución industrial permitía la venta de este producto en estos establecimientos; pues bien el Tribunal Supremo acuerda declarar la existencia de esta infracción -penal al estar incluida en el artículo 596 del Código penal- por cuanto las disposiciones que se contienen en "el reglamento de la Contribución industrial son de carácter meramente fiscal y la libertad que reconocen, ó extensión que conceden, para la venta en el mismo local de toda clase de mercancías comprendidas en diferentes tarifas á los que satisfacen la cuota de contribución correspondiente á cada una de ellas, **están subordinadas á las que regulan los intereses generales de las poblaciones sometidas á la exclusiva competencia de los Ayuntamientos por el art. 72 de la ley Municipal**".

de la norma estatal sobre la local (sentencia de 17 de enero de 1.908 en el caso de venta de alcohol desnaturalizado¹²³, por ejemplo).

En esta labor de indagación de las construcciones jurisprudenciales realizadas en nuestro país sobre la capacidad normativa local, resulta interesante el estudio realizado por Serrano Guirado¹²⁴ de ciertas sentencias referidas a actuaciones normativas de los Alcaldes de municipios en materia de "policía y buen gobierno", y que es aceptada por este Alto Tribunal en resoluciones de fechas 8 de abril de 1.853, relativa a la posibilidad de los Alcaldes de dictar bandos "*prohibiendo rondar después de determinada hora de la noche*"; de 17 de mayo de 1.856, que estima legal la imposición de una sanción por contravención del "*bando de buen gobierno que rige en el pueblo*" y de 31 de diciembre de 1.900, que igualmente declara la legalidad de una actuación normativa, en materia de fijación de infracciones y sanciones, de los Alcaldes a través de los Bandos que no tienen más limitaciones que "*la cuantía, que no podrá exceder de la señalada legalmente según la importancia de las poblaciones*".

No obstante cuando se trata de un conflicto internormativo con los reglamentos estatales la solución jurisprudencial es la de hacer prevalecer las normas

¹²³.- Citada por POSADA, A., *cit.*, pág. 143.

¹²⁴.- SERRANO GUIRADO, C., "Bandos", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix, vol. III, Barcelona, 1.951, pág. 275 y sgs.

estatales sobre las locales¹²⁵. Así se puede señalar cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo hacía primar los reglamentos estatales frente a los locales en sentencias de fechas 24 de marzo de 1.961¹²⁶:

"Ineficacia jurídica de las disposiciones contenidas en las Ordenanzas municipales en cuanto contradigan otras de superior jerarquía, en cuya virtud ha de entenderse el caso litigioso no como derogación sino como conflicto de normas que se dirimen, dando preferencia aplicativa a las que por razones del tiempo, de ámbito y de categoría, se imponen con más acusado imperio",

de 30 de mayo de 1.969 ¹²⁷:

"El artículo 108 de la propia Ley concede a dichas Entidades la facultad de crear, a través de Reglamentos y Ordenanzas, las reglas jurídicas de obligatoriedad (...), con las únicas limitaciones que las que se deriven de las leyes y disposiciones estatales que condicionan y acotan el poder autonómico municipal de producción de esas fuentes",

¹²⁵.- Jurisprudencia que desde finales de los años sesenta y hasta 1.975 se encarga de analizar con detalle BOIX REIG, V., "Los Reglamentos municipales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo", R.A.P. n° 78, septiembre-diciembre 1.975, pág. 225 y sgs.

¹²⁶.- Ref. Ar. 1.509, Ponente Sr. Fernández Hernando.

¹²⁷.- Ref. Ar. 3.853, Ponente Sr. De Olives y Feliú.

o la más concluyente aún, de fecha 18 de mayo de 1.971¹²⁸:

"Las facultades especiales concedidas a los Ayuntamientos(...), en modo alguno constituyen una autorización para establecer normativas contrarias al ordenamiento jurídico vigente con carácter general".

Añadiendo esta misma sentencia que *"quiérase o no, el ordenamiento local en nuestro Derecho no es originario ni tampoco principal"*.

Parece pues seguirse una concepción **jerarquizada** de la pluralidad de normas reglamentarias estatales respecto de las locales¹²⁹.

¹²⁸. - Ref. Ar. 2.424, Ponente Sr. Trujillo Peña.

¹²⁹. - A esta conclusión llega BOIX REIG, V., *cit.*, pág. 242 cuando señala como en los supuestos de actuación normativa local con "originalidad de contenido, **no hay sumisión normativa**", dado que este "contenido" en modo alguno podía ser contrario a cualquier otra regulación normativa.

Por ello este autor concluye afirmando que "mientras el Reglamento ejecutivo municipal depende tanto de la Ley como del Reglamento estatal, el Reglamento independiente municipal tendrá dos limitaciones: la Ley y la <<voluntad general o social>>, entendida ésta como la necesidad sentida por la comunidad municipal, tal y como se capta por su órgano de representación".

6º.- La relación de los reglamentos de origen local y las fuentes no escritas: costumbre y Principios Generales del Derecho.

Siguiendo en este punto a Embid Irujo¹³⁰, la costumbre no actuará nunca en contra del contenido de las normas locales, costumbre "**contra legem**", al considerar que el actual artículo 1, apartado tercero, del Código Civil, anterior artículo 5, ha de interpretarse el vocablo de "Ley" comprendiendo a los reglamentos locales¹³¹; actuando la costumbre, además, siempre que no exista un contenido normativo, **función de supletoriedad**¹³² y que cumpla, en todo caso, los supuestos objetivos contenidos en el precitado artículo 1.

En este sentido de suplementar a la normativa local

¹³⁰.- EMBID IRUJO, A., *Ordenanzas y ...*, cit., pág. 644 y sgs.

¹³¹.- Y ello por cuanto el tenor literal de este precepto es el siguiente: "*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*". Señalando el anterior artículo 5º del Código Civil que: "*Las leyes sólo se derogarán por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario*"; por lo que la función de la costumbre en relación con las normas de origen local es similar a la configurada en la nueva redacción del Código Civil de fecha 31 de mayo de 1.974.

¹³².- Y que puede advertirse de la mera lectura de los artículos 485, 570, 571, 587, 591, 1.287, 1.496, 1.520, 1.574, 1.578, 1.579, 1.580, 1.594, 1.695 regla 2ª y 1.750, de la actual redacción del Código Civil, y que son remisiones a la costumbre local, pero siempre que no sean contrarias: ni a sus previsiones ni a las Ordenanzas locales. En contra se expresa BOQUERA OLIVER, J.M., "Los límites del poder de ordenanza", cit., pág. 511, cuando manifiesta que las costumbres "son límites del poder de ordenanza", dado que estas ordenanzas no son sino actos administrativos.

también puede señalarse el contenido del artículo 192, apartado 4º, del Texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 1.955 respecto a la regulación de los aprovechamientos comunales y la regulación éstos por medio de la costumbre, sin perjuicio de que esta labor normadora se fuere progresivamente realizando por medio de los reglamentos locales y con independencia del contenido de estas costumbres¹³³.

No obstante se debe precisar como la costumbre se referirá a la propia de esa colectividad, y no de la totalidad de la Nación, dado que de lo contrario se exigiría casi una **probatio diabolica** de su existencia y contenido¹³⁴.

Respecto de los Principios Generales del Derecho, si la solución no parecía especialmente complicada respecto de la costumbre, lo mismo no se puede referir respecto de éstos tal y como se configuran en la redacción del Código Civil después de la reforma de 1.973.

¹³³.- Para un estudio más en detalle de esta regulación de los aprovechamientos comunales, y la disputa que se originó en nuestra doctrina entre GARRIDO FALLA, partidario de la tesis de la libertad de normación de los municipios de esta materia sin sujeción a la costumbre, y NIETO, partidario de la obligación de los municipios de seguir el contenido consuetudinario, vid. EMBID IRUJO, A., *cit.*, págs. 646 a 652.

¹³⁴.- Hecho éste que parece conformar una consecuencia normativa práctica de la interpretación, en dimensión territorial, que se pretende del sistema de fuentes establecido en nuestro Derecho: de forma y manera que cuando el artículo 1º, apartado 1, del Código Civil señala que "*las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*", ello se refiera no a productos normativos originados por un único centro normativo sino por una pluralidad de ellos.

Y es que la redacción efectuada¹³⁵ señala una neta **función de supletoriedad** de tales principios, "*en defecto de ley o costumbre*", pero además añade que informarán el ordenamiento jurídico, de manera que los mismos encontrarán cumplida satisfacción normativa en el resto de instrumentos normativos escritos: leyes y reglamentos; de esta forma éstos deberán cumplir y no conculcar el contenido de tales principios.

Y es que estos Principios Generales del Derecho son, en efecto, verdaderos **principios** en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan; son a la vez **generales**, esto es, procedentes de una estimación objetiva; y, por último, al preconizar su pertenencia al Derecho se concreta su validez jurídica, en el sentido ya del Derecho aplicable¹³⁶.

El inconveniente no es pues aceptar su superioridad, sino el elemento previo a cualquier actividad **aplicativa** del Derecho: reconocer su contenido, máxime en un sistema tan poco propenso a las actividades jurídicas inductivas como el nuestro, ciertamente lejano del sistema del **common law**; reflexión a la que no ha sido ajena la jurisprudencia del Tribunal Supremo al no aplicar, durante el período histórico analizado, en sus resoluciones el contenido de

¹³⁵.- Que señala cómo "*Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*".

¹³⁶.- Como nos señala GARCIA DE ENTERRIA, E., "Prólogo al libro de Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*", en *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1.984, pág. 79.

tales principios.

II.- ANALISIS DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS ESENCIALES INSPIRADORES DEL SISTEMA NORMATIVO TRADICIONAL.

A) EL PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA.-

Resulta tradicional en el Derecho público continental referirse a este principio como uno de los mecanismos más eficaces para **organizar** la pluralidad de normas jurídicas existentes, **hic et nunc**, en una sociedad determinada, de tal forma que con éste se pudiese determinar no solamente la norma jurídica aplicable, sino también predeterminar la actividad normadora en el futuro de tales órganos -así el centro normador antes de regular cualquier materia debiera acatar la regulación efectuada por la norma jerárquicamente superior, tanto para no contradecirla, cómo para cumplirla en todos sus aspectos-.

La propia existencia de este principio, que nosotros calificaremos, como tendremos ocasión de acreditar, propio de los sistemas normativos **monistas**, se puede deducir de dos factores distintos y surgidos en dos períodos históricos netamente diferenciados: uno de ellos estrictamente lógico-jurídico, debido a la construcción

kelseniana de una pluralidad de normas cada una de las cuales encontraba su justificación y validez en otra norma superior, hasta llegar así a la cúspide de tal construcción, **norma normarum**, que sería la Constitución; además nos encontramos con otro argumento que conforma este mismo principio: la supremacía de unos determinados órganos sobre otros en función de su carácter representativo o democrático, en la versión actual del poder legislativo, como pacto entre monarquía y burguesía o como triunfo de ésta, en la versión decimonónica de las Asambleas legislativas, y en función de las diversas construcciones constitucionales derivadas de la aplicación del principio de separación de poderes, en suma.

1º.- La jerarquía normativa como principio rector de ordenamientos "unidimensionales".

La elaboración más sólida y rigurosa del principio de **jerarquía normativa** como elemento configurador de las diversas normas jurídicas, entendidas éstas exclusivamente como elementos integrantes de una entidad lógico-jurídica totalmente conformada e interrelacinada entre sí, se encuentra reflejada en la obra de la escuela de Viena, siendo Kelsen¹³⁷ y Merkl¹³⁸ sus principales figuras.

Para ello Kelsen parte de la consideración del Derecho en dos vertientes, una **estática** y otra **dinámica**; en esta última incluye la peculiaridad de considerar que este mismo Derecho "regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así cómo en cierta medida, el contenido de la misma"¹³⁹.

¹³⁷.- Recogida en gran medida en su *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho*, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 16ª ed., trad. esp. de NILVE, M., (y cuya primera edición data de 1.925); y también de su *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 2ª ed., Méjico, 1..988, trad. esp. de GARCIA MAYNEZ, E., pág. 146 y sgs. (y cuya primera publicación es de 1.925 -Allgemeine Staatslehre-), fundamentalmente.

¹³⁸.- Según recoge CRISAFULLI, V., "Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti", *R.T.D.P.*, 1.960, PÁG. 776.

¹³⁹.- KELSEN, H., *Teoría General del Derecho...*, cit., pág. 146.

De esta forma, la validez de las normas, dinámicamente así consideradas, descansará en el hecho de crearse en cumplimiento del contenido de otra norma jurídica (con la que guardará dependencia), y es que "la relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de **supra** y **subordinación**, siendo estas figuras de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera"¹⁴⁰.

La conclusión es pues evidente, las normas jurídicas que conforman un sistema normativo no se encuentran todas en un mismo nivel, "sino que se trata de una verdadera **jerarquía** de diferentes niveles", garantizándose la **unidad** de todo el sistema en función de que "la creación de la de grado más bajo se encuentra determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal **regressus** termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico"¹⁴¹.

Además de esta forma se consagra la creación de un sistema "autogenerador" de normas: la determinación de la

¹⁴⁰.- KELSEN, H., *Teoría General del Derecho...*, cit., pág. 146 "in extenso".

¹⁴¹.- KELSEN, H., *Teoría general del Derecho...*, cit., pág. 146.

legalidad no es más que la aplicación de reglas del sistema, "le légal ou l'illégal est l'expression ou la contradiction de ces règles, puisque, seul le droit fait le droit"¹⁴².

Puesto que "una pluralidad de normas constituye una unidad, un sistema, o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, **sobre una norma única**. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad. Una norma pertenece, pues, a un orden determinado únicamente cuando existe la posibilidad de hacer depender su validez de la norma fundamental que se encuentra en la base de este orden"¹⁴³.

De esta forma la propia justificación del sistema se realiza en virtud de la adecuación de cada una de las normas "de grado más bajo" a la norma de grado superior, y así hasta llegar a la norma fundamental, la Constitución¹⁴⁴, que encontraba su justificación en sí

¹⁴².- Como señala GOYARD-FABRE, S., *Les fondements de l'ordre juridique*, cit., pág. 139.

¹⁴³.- KELSEN. H., *Teoría pura del Derecho...*, cit., pág. 135.

¹⁴⁴.- Que KELSEN entendía en un sentido **material**, como aquel conjunto de normas que regulan "la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de las leyes", *Teoría General del Derecho...*, cit., pág. 147; y que debe ser diferenciada de su tratamiento del Derecho como ciencia separada de la política y aplicable a cualquier ordenamiento jurídico concreto ("Teoría pura del Derecho"), en la que no aparece tan significativo que la "norma fundamental" que da validez al sistema sea la "Constitución", que sería también una norma "puesta" sino "supuesta":

"La Teoría pura del Derecho atribuye a la norma fundamental el papel de una hipótesis básica. Partiendo del supuesto de que esta norma es válida, también resulta válido el orden jurídico que le está subordinado", pág. 138, sino cómo

misma, por cuanto de lo contrario no sería explicable ni coherente tal construcción normativa, lo que por otra parte supone la mayor quiebra a esta tesis.

Y es que las leyes, "normas generales establecidas legislativamente," no serían sino el "nivel inmediatamente inferior a la Constitución" con la doble función de¹⁴⁵:

a) "Determinar quiénes son los órganos encargados de la aplicación del derecho y cuál es el procedimiento a que debe someterse"¹⁴⁶.

b) "Determinar los actos judiciales y administrativos de tales órganos; por medio de sus actos, los últimos crean normas individuales, al aplicar a casos concretos las normas generales".

señala, con notables reservas, GONZALEZ NAVARRO, F., "La Norma fundamental que confiere validez a la Constitución española y al resto del ordenamiento jurídico", R.A.P. n° 100-102, pág. 297, "La <<Norma Fundamental>> que confiere validez a la Constitución española y al resto del ordenamiento español",, esta "norma fundamental" haría referencia a "lo que los politólogos llaman poder constituyente, ya sea el poder constituyente originario, ya sea el derivado".

¹⁴⁵.- KELSEN, H., *cit.*, pág. 152.

¹⁴⁶.- Y es que como señaló MERKEL, H., *Teoría General del Derecho Administrativo*, Ed. Nacional, Méjico, 1.980, págs. 52 y 53, un órgano es superior a otro porque tiene la función o competencia superior; por contra FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., *Las leyes orgánicas, y el bloque de constitucionalidad. En torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1.981, pág. 77, considera que "la jerarquía de la norma no es nunca una jerarquía de los procedimientos de producción y elaboración de las normas, sino un reflejo y una consecuencia de la diferente calidad de los sujetos que los producen".

Estando los reglamentos, de esta forma, **fundados** "sobre la base de normas generales que el legislador ha expedido"¹⁴⁷, y encontrando, en suma, en estas su validez y justificación.

Todo el sistema pues se asienta sobre una situación y funcionamiento jerárquico de las diversas normas jurídicas que le componen, lo que ha sido denominado como la "Stufenbautheorie".

Es decir, y en relación a los distintos órganos encargados de la creación de las normas, y tal y como advirtiera Merkl, todas las normas estarán infraordenadas unas a otras dependiendo de la mayor o menor fuerza política que ostentaban los autores de la norma jurídica en el momento en que se realizaron¹⁴⁸.

De esta forma cada norma jurídica es diferenciada "formalmente" por el ordenamiento jurídico para determinar su capacidad de innovar éste **-fuerza activa-**, o para resistir su modificación por otras normas jurídicas **-fuerza pasiva-**.

¹⁴⁷.- Aunque en determinadas Constituciones tal situación se modifique si en ellas se habilitase a algún órgano constitucional para dictar tales tipos de normas, "en circunstancias extraordinarias", KELSEN, H., *cit.*, pág. 154.

¹⁴⁸.- CRISAFULLI, V., *cit.*, pág. 796.

2º.- La representación geométrica del principio de jerarquía normativa: Del triángulo al prisma enedimensional.-

Si tuviésemos que representar esta teoría jurídica kelseniana en alguna figura geométrica esta sería el triángulo¹⁴⁹, en éste la Constitución ocuparía el vértice superior y en distintos planos del mismo se encontrarían el resto de normas jurídicas, primero las leyes, luego los reglamentos, para estar en la base lo que Bobbio califica como "los actos ejecutivos"¹⁵⁰.

Es pues evidente que la explicación de Kelsen opera, y se justifica plenamente, si cada una de las normas jurídicas que puedan existir en un sistema normativo, y esta es su principal ventaja, se encuentran subordinadas las unas a las otras, para lo cual se parte de un concepto **estático**¹⁵¹ de éstas: y ello en cuanto todas ellas, y desde el vértice -la Constitución-, contienen la regulación de

¹⁴⁹.- Como acertadamente efectúa un destacado discípulo de Kelsen, BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Ed. Debate, Madrid, 1.991, pág. 175.

¹⁵⁰.- BOBBIO, N., *cit.*, pág. 175. Por lo que en realidad se construye un entramado de actuaciones de procesos de ejecución, "de arriba abajo", y de producción en esa función de ejecución. Por ello BOBBIO señala que en este proceso actúan los conceptos de **poder** y **deber**; puesto que la producción jurídica sería una expresión del poder, la ejecución significa el cumplimiento de un deber.

¹⁵¹.- Entendida esta expresión en el sentido kelseniano del concepto de "dinamicidad", que hacía referencia a la justificación de la totalidad de las normas jurídicas en otras superiores que fijaban el procedimiento de elaboración, y teniendo como última justificación, y por ello de todo el sistema, a la Constitución.

las normas jurídicas generales infraordenadas a ella, y así sucesivamente hasta llegar a su concreción más detallada en la realización de los actos ejecutivos, la base del triángulo.

Pero inmediatamente, y aunque ello se verá con mayor detalle en la Parte Segunda de este trabajo, nos debemos cuestionar la situación que se produce cuando el sistema normativo no se construye por un entramado de normas jurídicas, cada una de las cuales queda engarzada, por subordinación, a la anterior; en este momento la validez de las normas no dependerá de la superior jerárquica que no existe, sino quizás de la Constitución **directa y únicamente**¹⁵².

Entonces, y retomando la figura geométrica del triángulo, nos encontraremos con la situación de normas jurídicas engarzadas de la Constitución, pero que no lo están de ninguna otra, en un nivel intermedio, y que incluso correspondan a otros planos distintos (reglamentos), en cuyo caso no entrarían en el mismo triángulo construido para las normas jurídicas que sí operen en esta **estructura**.

¹⁵².- A una conclusión similar llega CRISAFULLI, V., "Gerarchia e competenzaia nel sistema costituzionale delle fonti", R.T.D.P., 1.960, pág. 810, cuando cuestiona el tradicional valor del principio de jerarquía normativa en la relación entre diversas fuentes del Derecho, y es que para este autor: "Il tramonto del mito della sovranità della lege (e del Parlamento), dal nuovo sistema di rigidità costituzionale garantita, ha messo decisamente in crisi quello che era uno dei criteri della forza formale della legge, e conseguentemente la scala gerarchica delle fonti secondo forza formale".

De esta forma todo ello nos obligará a construir otro triángulo por cada conjunto o grupo de normas que se encuentran en esta situación, pluralidad de triángulos engarzados todos en el vértice -Constitución-, que no es otra figura geométrica sino la de un **prisma triangular**¹⁵³, con tantas caras como sistemas normativos se encuentren dentro de esta subordinación a la Constitución, y cuyas relaciones con el resto de normas integradas en los otros "triángulos" no es necesariamente de subordinación.

Es por ello que podemos calificar la construcción kelseniana como propia de un sistema normativo únicamente relacionado por el principio de la ordenación *jerárquica* y *lineal*, cuando la realidad normativa actual parece mucho más rica y compleja, de ahí las insuficiencias del mismo y que se advertirán a lo largo de este trabajo.

¹⁵³.- Que nuestro Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 20ª ed., Madrid, 1.984, tomo II, define como "Cuerpo terminado por dos caras planas, paralelas e iguales que se llaman bases, y por tantos paralelogramos cuantos lados tenga cada base. Si estos son triángulos el prisma se llama triangular".

3º.- El principio de jerarquía normativa como consecuencia de la diversidad de cualidad de los entes productores de normas jurídicas

Ya hemos visto cómo el principio de jerarquía normativa puede inducirse también de la configuración de una superioridad del poder legislativo sobre el ejecutivo.

Y es que la aparición de este principio de jerarquía normativa se encuentra ligada al surgimiento del Estado liberal, y es consecuencia de la diferente posición de las diversas organizaciones productoras de las normas jurídicas¹⁵⁴.

Así en Francia, y en una época inmediatamente posterior a la revolución se ha determinado la superioridad del poder legislativo, como representante de la voluntad general, sobre el ejecutivo.

¹⁵⁴. - SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988, pág. 315, señala como el origen teórico de este principio no se encuentra investigado con profundidad; señalando este autor la posibilidad de que sea producto de "una típica herencia medieval (la ordenación jerárquica de la Iglesia y de la sociedad, como un reflejo de la supuesta jerarquización del mundo celestial, concepción que tiene su origen en los escritos neoplatónicos de Pedro Dionisio el Aeropagita, Obispo de Atenas, a quien se debe la acuñación del término mismo de jerarquía - hierarchia: etimológicamente, gobierno o autoridad sacra".

Y es que abandonada ya en la doctrina europea la cualidad superior de la Ley, desde una perspectiva ontológica, sólo es aceptable la primacía de la ley como resultado de las previsiones constitucionales en la división de poderes entre el poder legislativo y ejecutivo.

De esta forma, y como ya hemos visto anteriormente, al ser la Ley la expresión de la voluntad general expresada por el Parlamento, se constituye en una norma superior al resto de normas que emanan de órganos no representativos¹⁵⁵.

Pero para que esta situación de prevalencia pueda ser explicada cuando quiebra la tesis de la identificación del contenido de la Ley y la voluntad general¹⁵⁶, se coloca como garante de todo el sistema a una norma superior: la Constitución. Así es como Constant¹⁵⁷, estableciendo la teoría constitucionalista, ordena todas las reglas de derecho bajo la Constitución del Estado; de forma que ninguna ley, y de forma general, ninguna regla de derecho, pueda ser definida en sí y por sí de forma aislada: ella pertenece a la organización institucional del Estado definida en la Constitución.

¹⁵⁵. - RIVERO, J., *Droit Administratif*, cit., pág. 53.

¹⁵⁶. - De la cual CARRÉ DE MALBERG, R., *La loi, expression ...*, cit., pág. 216, es fiel reflejo cuando apunta que para ello debieramos dejarnos persuadir de que "les volontés emanées par une oligarchie sont l'expression de la volonté générale de la communauté".

¹⁵⁷. - CONSTANT. B., *Principes de politique*, cit.

De esta suerte se construye un orden jurídico caracterizado por la supremacía de la Constitución sobre el resto de normas jurídicas, que se constituye así en el **parámetro normativo** de todo el sistema¹⁵⁸, quedando las relaciones del resto de productos normativos directamente vinculadas a las previsiones constitucionales entre los diversos órganos o entes productores de éstas.

Por todo ello, este principio jurídico tampoco permite, por sí, explicar las relaciones entre las diversas normas jurídicas, sino que ello será resuelto a través de los criterios constitucionales que "fundan" todo el sistema jurídico de cada país.

¹⁵⁸.- Como reconoce GOYARD-FABRE, S., *cit.*.. pág. 138.

B) LA RESERVA DE LEY EN EL PLANTEAMIENTO TRADICIONAL
DE LA DOCTRINA EUROPEA.-

1º.- Antecedentes históricos: próximos y remotos

Como tendremos ocasión de comprobar más adelante el principio de la Reserva de Ley obtiene su denominación y significado jurídico más completo con la obra de Mayer en el Derecho alemán.

No obstante el contenido o significado de este principio ya había sido aportado con anterioridad y como consecuencia de la larga lucha que durante la Baja Edad Media sostuvieron los parlamentos estamentales con los monarcas para "asegurar que la creación de los tributos y el establecimiento de sanciones penales no podrían hacerse sin su aprobación¹⁵⁹". Y ya anteriormente, incluso, para la materia tributaria, en la Carta Magna de 1.215 se establecía un principio de autoimposición -como necesidad de alcanzar el acuerdo de los súbditos para la validez a una regulación tributaria-¹⁶⁰.

¹⁵⁹.- SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos de ...*, cit., pág.770.

¹⁶⁰.- La cual señala que "Nullum scutagium vel auxilium ponatur in regno nostro, nisi per commune consilium regni nostri, nisi ad corpum nostrum redimentum, et primogenitum filium nostrum militen faciendum, et ad filium

De esta forma las Cortes o asambleas estamentarias reclaman con insistencia su derecho a consentir los impuestos, aunque fuera sólo a efectos de medir sus fuerzas en esta materia con el monarca.

Lo que realmente interesa destacar, desde nuestro punto de vista, es que las asambleas de estamentos "logran conectar la función legiferante con la financiera originaria, llegando a ser en embrión órganos o cuerpos legislativos"¹⁶¹, que posteriormente se conectó con la posibilidad de ser un medio indirecto de presionar al monarca en otros aspectos.

Con la llegada del Estado moderno, y la victoria del poder real sobre las asambleas estamentarias, los tributos son establecidos por el monarca directamente, pero lo que nos importa ahora es que el germen de esta idea ya estaba lanzado: la fórmula "liberty and property" se convirtió en la bandera de la naciente ideología liberal¹⁶², y luego plasmado en textos normativos en el Derecho continental europeo.

nostrum primogenitum semel maritaredum, et ad haec non fiat nisi rationabile auxilium: simili modo fiat de auxiliis de civitate Londoniarum", citado por PEREZ ROYO, F., "Fundamento y ámbito ...", cit., pág. 210.

¹⁶¹.- PEREZ ROYO, F., "Fundamento ...", cit., pág. 211.

¹⁶².- Según manifiesta SANTAMARIA PASTOR, J.A., cit., pág. 771.

2º.- La Reserva de Ley como garantía de los derechos de los ciudadanos: Propiedad y libertad.

La construcción de este principio jurídico, ciertamente nuclear en la ciencia del Derecho público europeo, se realiza fundamentalmente en base a una **función garantista**; esto es, partiéndose de la premisa de que la Ley era la norma jurídica encargada de garantizar los derechos de los ciudadanos, por su carácter de norma emanada de un órgano con representación de la colectividad, para que este órgano pudiese cumplir su máxima finalidad era necesario que las materias que más afectasen a la conciencia de la sociedad¹⁶³ fuesen excluidas de la actividad normadora de cualquier órgano productor que no fuese la Asamblea legislativa.

¹⁶³.- MAYER, O., *Le Droit Public Allemand*, cit., pág. 92 los califica como "certains objets particulièrement importants", y los determina como aquéllos que afectasen a la imposición de cargas, o regulasen la libertad y la propiedad.

a) Origen y finalidad de este Principio jurídico.

Como ya hemos visto anteriormente, en el Derecho alemán la búsqueda de un compromiso entre la burguesía y los monarcas condujo al establecimiento de un conjunto de materias que sólo podrían regularse por "Ley". De esta forma las Constituciones de varios Estados alemanes, fundamentalmente del Sudoeste (Badem, Württemberg, etc) establecieron la necesidad de la aprobación por las Dietas para:

*"Aquellas leyes generales que afectasen a la libertad y a la propiedad"*¹⁶⁴.

Interpretando el contenido de estos preceptos es como Mayer definió por primera vez la Reserva de Ley¹⁶⁵, que no será sino aquél ámbito de actuación excluido de la iniciativa normadora del Poder ejecutivo, y es de esta forma cómo ha venido siendo tradicionalmente considerada¹⁶⁶:

¹⁶⁴. - Citado por GALLEGO ANABITARTE, A., cit., pág. 275.

¹⁶⁵. - Aunque se debe reconocer que el contenido de este principio ya había sido puesto de manifiesto por autores que como LOCKE o ROUSSEAU habían evidenciado que la única fuente de legitimidad de las normas, en materia de propiedad y libertad, era el propio consentimiento de los ciudadanos. Así nos lo recuerda MARTIN-RETORTILLO, L., "La doctrina de las materias reservadas a la Ley y la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo", R.A.P., n° 39, septiembre-diciembre 1.962, pág. 289.

¹⁶⁶. - MAYER, O., *Le Droit administratif ...*, cit., pág. 92.

"Ce n'est donc que pour certains objets particulièrement importants, qu'on a fait de la loi constitutionnelle une condition indispensable de l'activité de l'Etat. Pour tous les autres cas, le pouvoir exécutif reste libre; il agit en vertu de sa propre force et non pas en vertu de la loi. Nous appelons cette exclusion de l'initiative de l'exécutif la réserve de la loi"

Requisito este, el establecimiento de una Reserva de actuación por Ley, que debe conectarse con otras consecuencias de esta conformación de la función y significado de la Ley¹⁶⁷, como los de supremacía de la Ley, jerarquía normativa, etc.

En Alemania, como ha puesto de manifiesto García Macho¹⁶⁸, la construcción de este principio se debe a una necesidad sentida por la burguesía de aumentar su ámbito de actuación en materia normativa, frente a la potestad legislativa del monarca, que nunca llegó a perder sus facultades legislativas sino que concluyó en una pacto con

¹⁶⁷.- Aunque a decir verdad tales características han de ser deducidas no tanto del concepto y naturaleza de este instrumento normativo, sino de la posición y funciones a realizar por el órgano del que emanan, Administración o Asambleas legislativas, tal y como acertadamente expone REBOLLO PUIG, M, "Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria del Gobierno", R.A.P., n° 125, mayo-agosto 1.991, pag. 62, básicamente, en cuanto "los límites de la potestad reglamentaria no derivan de un supuesto carácter esencial de la misma o de su configuración constitucional, sino que pueden basarse en los condicionantes generales del sujeto que la ejerce".

¹⁶⁸.- GARCIA MACHO, R., *Reserva de Ley y potestad ...*, cit., pág. 29 y sgs.

la burguesía; todo lo cual contrasta con la situación del Derecho francés en el que se impuso la soberanía nacional frente a cualquier otra expresión normadora soberana.

En base a esta posibilidad de "colegislar" los ciudadanos siempre intentaron la ampliación del concepto de libertad y propiedad, como títulos habilitadores de sus funciones normadoras que eran, hasta llegar a ser entendida la primera como **todo el ámbito posible de libre actuación y exteriorización de la voluntad del individuo**, y el segundo como **un amplio aseguramiento de los derechos patrimoniales privados**¹⁶⁹.

En definitiva el concepto de Reserva de Ley definido así por Mayer hacía referencia a un instrumento de garantía de los ciudadanos, frente a la capacidad normadora del Monarca, absoluta y no limitada por la ausencia de operatividad del concepto de soberanía nacional; capacidad que encontrará así un primer límite en la previa y necesaria habilitación de la Ley para dictar reglamentos y actos administrativos¹⁷⁰. Contenido este que no es otro que el propio del Principio de Legalidad en su vertiente de "vinculación positiva a la Ley" como ya advirtió De

¹⁶⁹.- GARCIA MACHO, R., *cit.*, pág. 35.

¹⁷⁰.- Este es el sentido último que GARCIA MACHO otorga a la Reserva de Ley, en relación con el contenido de los Derechos fundamentales, *cit.*, pág. 42.

Otto¹⁷¹ en nuestro país, y tendremos ocasión de comprobar de inmediato.

¹⁷¹.- DE OTTO. I., *Derecho Constitucional*, cit., pág. 241, cuando considera que "mediante el principio de legalidad entendido como vinculación positiva y sustancial se intenta alcanzar el mismo resultado que para materias concretas se alcanza con la reserva de ley, sólo que ahora sin distinción alguna entre unas materias y otras, sino como reserva total del Parlamento". En contra se manifiesta REBOLLO PUIG, M., "Juricidad, Legalidad y Reserva de Ley ...", cit., pág. 129, cuando diferencia entre el principio de legalidad, como "expresión de la exclusividad del Poder legislativo para la libertad y propiedad", y la Reserva de ley que entiende cómo "el monopolio normativo de la ley para las materias afectadas".

b) Consecuencias jurídicas de principio de Reserva de Ley.

Manifiestar que determinadas materias debían ser reguladas por ley no resolvía todo el problema, puesto que tenía que descubrirse cuál era el significado del concepto de "Ley" utilizado por estas Constituciones, y, en definitiva, el campo de actuación del Parlamento.

Y es aquí donde aparece la dual construcción "Ley material-Ley formal" ya relatada con anterioridad, y que hacía coincidir a la "Ley material" con las normas que introducían **reglas de derecho**; mientras que la "Ley formal" pese a tener la forma de ley, su contenido no tenía la cualidad jurídica. Por tanto, el concepto buscado de la "Ley" era el de "Ley material".

De esta forma, y dado el monopolio de las Dietas para realizar "leyes materiales", todo lo que afectase, pero sólo eso, a la libertad y a la propiedad era competencia del Legislativo; la actuación del Ejecutivo se centraría fuera del ámbito del establecimiento de límites entre los individuos o afectasen a las relaciones jurídicas de éstos, es decir, actuaría en lo que se denominó el "No Derecho".

Sobre esta base fue fácil llegar al concepto del **principio de legalidad de la Administración**, pues nada permitía al Ejecutivo dictar normas jurídicas fuera de la Ley, o por decirlo en las palabras de la sentencia del "Oberverwaltungsgericht" prusiano de fecha 14 de junio de 1.882: "todas las disposiciones generales que afecten a los derechos de los ciudadanos emitidas por la Administración tienen que tener una base legal parlamentaria".

De esta forma, y en este período histórico determinado, se produce una identificación entre el concepto de Reserva de ley y el Principio de Legalidad, puesto que por el primero le legislador solamente podría regular aquellas materias reservadas al Parlamento; el resto del ámbito de actuación sería del Ejecutivo, pero este era el "ámbito del No-Derecho¹⁷²".

¹⁷²-. Como reconoce LASAGABASTER HERRARTE, I., *Las relaciones de sujeción especial*, cit., pág. 176.

3º.- Apuntes de una crítica al principio de Reserva de Ley como configurador del monopolio del poder legislativo.-

Las transformaciones en el Estado actual, según señala Gacía Macho¹⁷³, han conducido a una nueva formulación del principio de Reserva de ley en cuanto ni el Estado central es ya el único centro de poder público, ni el Parlamento ostenta la titularidad exclusiva de la legitimidad democrática, entendida esta como una potencial posibilidad de participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder. Transformación que obviamente tendrá su reflejo en la potestad normativa de los centros de poder al ser esta el instrumento de actuación de aquella.

La solución que se pretende es determinar que la actuación normadora de la Asamblea Legislativa del Estado no sea omnímoda, sino que se verá atemperada por el contenido íntegro de la Constitución, esto es, su regulación por Ley será en la intensidad necesaria para el cumplimiento de los fines que le exige la Constitución¹⁷⁴,

¹⁷³.- GARCIA MACHO, R. cit., pág. 163.

¹⁷⁴.- Principio este ya indiscutido en el Derecho público europeo en cuanto la implantación paulatina de órganos encargados de verificar la adecuación en la actuación de los Poderes Públicos, incluido el Legislativo, a la Constitución ha sido continua en todos los ordenamientos jurídicos, lo que ha supuesto el final de consideraciones tales como las de la infalibilidad de las leyes, su función omnicompreensiva y soberana en los ordenamientos, etc.

permitiendo a su vez, al resto de órganos normadores del Estado, su intervención para el cumplimiento de los suyos, hasta integrar todos ellos en una "hipotética" actuación normadora el conjunto de los intereses señalados a los mismos.

El debate surge pues al contemplar dos principios diversos, como ya se ponía de manifiesto, la Reserva de ley, en cuanto garantía para los ciudadanos al significar que la actuación sobre los valores más "importantes" se debe realizar por el órgano representativo de la voluntad popular cual es el Parlamento¹⁷⁵, con otros principios inspiradores de nuestra Norma Suprema, cual es, significadamente, el de dotar de Autonomía a las colectividades señaladas en la misma.

Así, como en otros muchos problemas del sector público, confluyen varios principios constitucionales igualmente protegibles, y que por tanto deberán ser integrados en cualquier interpretación sistemática del orden constitucional¹⁷⁶.

¹⁷⁵.- Es esta la tesis que sostiene el Tribunal Constitucional de nuestro país, así en su sentencia de fecha 17 de Febrero de 1.987, ref. La Ley 1.987-2, 71 establece que "**como ocurre con otras reservas de ley presentes en la CE, el sentido de la establecida en el art. 21.3 no es otro que el de asegurar que la regulación de determinado ámbito vital de las personas dependa exclusivamente de sus representantes**"; configuración que vuelve a repetirse en sentencias como las de fechas 7 de Abril de 1.987, ref. La Ley, 1.987-2, 125; 29 de Septiembre de 1.988, ref. La Ley 1.989-1, 761 y 20 de Octubre de 1.990, ref. La Ley, 1.991-1, 587, cuando señalan que la finalidad de la Reserva de Ley es la de "asegurar que en determinados ámbitos de transcendencia en las personas o en la sociedad dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes".

¹⁷⁶.- So pena de aceptar que en la Constitución existen contradicciones irreductibles que, pugnando con el principio lógico-jurídico de integridad del texto constitucional, significarían la inutilidad de una norma jurídica superior

Integración que en modo alguno se operaría si se aplicase la tradicional visión de la potestad reglamentaria respecto de la Reserva de Ley, o en su aplicación más cercana a la línea argumental de este trabajo, de la potestad normativa de las entidades locales, es decir, si la actuación de éstas se limitase a cumplir una norma legal previa para "ejecutarla", como norma reglamentaria exclusivamente, los contenidos de una Ley, a la que se subordinarían como norma jerárquicamente superior, sin posibilidad de "innovar" el ordenamiento jurídico, sino exclusivamente de "concretarlo" de tal manera que su situación normativa sería idéntica a la que ostentan los órganos inferiores respecto de los superiores de una Administración Pública única.

Necesidad de integración que ya ha tenido ocasión de poner de manifiesto el Tribunal Constitucional, en su sentencia de fecha 17 de Febrero de 1.987¹⁷⁷, cuando estudiando un supuesto de Reserva de ley en materia tributaria, art. 31 de la Constitución, ha señalado que **el sentido que hay que reconocer en la reserva introducida por el art. 31.3 CE no puede entenderse desligado de las condiciones propias al sistema de autonomías territoriales que la CE consagra (art. 137), sistema que se ha visto**

en nuestro ordenamiento jurídico, a lo que se opone de manera tajante el propio Tribunal Constitucional, sentencia ya citada de 17 de Febrero de 1.987, Fundamento jurídico IV, al señalar que la *"integridad de la Constitución y del orden por ella introducido en nuestro Derecho quedaría ciertamente menoscabada si cualquiera de sus prescripciones quisiera (...), sobreponerse a lo dispuesto por la propia Constitución en otro de sus preceptos"*.

¹⁷⁷.- Sentencia ya citada.

reforzado por la Jurisprudencia constitucional respecto de la autonomía de las Entidades locales en base a la articulación de la garantía constitucional de las mismas, es decir, de la existencia de un núcleo de materias que el legislador no puede nunca arrebatarse, por imperativo constitucional, a los órganos normadores de las Entidades Locales, como puso de manifiesto la citada sentencia de 17 de Febrero de 1.987 al reconocer que el Principio de la Reserva de ley debía también ser interpretado en base a la **garantía constitucional de la autonomía de los municipios**¹⁷⁸.

La situación pues, como ya se señalaba, se traslada de una actuación normativa única, la de las Asambleas legislativas del Estado como únicos órganos legítimamente representativos de la voluntad de los ciudadanos, a otra realidad constitucional integrada por una pluralidad de órganos normadores también representativos de una voluntad de los ciudadanos, pero de ámbito territorial distinto, y, por ende, con una cualidad diferente, como se estudiará en otro Capítulo de este trabajo, pone bien a las claras la necesidad de una reinterpretación, bajo estos parámetros, del Principio de Reserva de Ley, y que nosotros intentaremos efectuar a lo largo de este trabajo.

¹⁷⁸.- En este sentido se muestra también la opinión de EMBID IRUJO, A. en "Potestad reglamentaria", R.V.A.P., nº 29, enero-abril 1.991, pag. 105, al considerar que "la cláusula de la garantía constitucional de la autonomía sería, precisamente, la causa de esa relación singular que permitiría un mayor grado de <<independencia>> de <<no sujeción>> a la Ley de estos Reglamentos".

PARTE SEGUNDA

LA POTESTAD NORMATIVA DE LAS
ENTIDADES LOCALES DESDE LA
CONSTITUCION ESPAÑOLA DE
1.978

CAPITULO PRIMERO

LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS
ENTIDADES LOCALES

I.- INTRODUCCION.-

Resulta una constante en la doctrina administrativista actual de nuestro país configurar las Entidades locales como Corporaciones Públicas o como entes de **naturaleza corporativa**¹, al hacer primar como rasgo fundamental de éstas el conjunto de personas² que habitan en el espacio territorial sobre el que actúan, personas que se asocian así para el cumplimiento de sus finalidades más elementales, intereses del grupo³.

¹.- Así se puede mencionar a GALLEGO ANABITARTE, A. y DE MARCOS FERNANDEZ A., *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid, 1.989, pág. 176 fundamentalmente, señalando además que "las Diputaciones y Municipios" son Corporaciones administrativas y, por ende, diversas de las Comunidades Autónomas que tienen carácter político; igualmente GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo* vol. I, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1.993, pág. 369; MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid 1.986, pág. 63; SANTAMARIA PASTOR, J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo I*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1.988, pág. 1121 y sgs. Como nota discordante pueden señalarse a RIVERO YSERN, J.L., *Manual de Derecho Local*, 2ª ed., Civitas, Madrid 1.993, pág. 83, que no las considera como entes corporativos por cuanto hace primar el elemento territorial sobre el personal; igualmente, GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 1.987, pág. 326, quien manifiesta su discrepancia sobre que puedan incluirse en esta categoría las Entidades locales, dado que lo realmente **corporativo**, no son los municipios y provincias sino el Ayuntamiento y la Diputación "que son sus órganos de gobierno y, al fin y al cabo, **órganos corporativos**"; aunque en este último autor parece haberse producido una modificación en su inicial postura de aceptar el significado corporativo de las Entidades locales, así en esta misma obra, 4ª edición, señala que éstas son "Corporaciones constituidas por el conjunto de personas vinculadas a un territorio".

².- Así a lo largo de la Historia, ya desde el Derecho Romano, se ha venido diferenciando entre entidades con un sustrato de personas, **universitas personarum**, y otras con un sustrato de bienes, **universitas rerum o bonorum**, y a las que se ha ido otorgando una diversa denominación; se habla de corporaciones o asociaciones o de entes de base corporativa para los primeros, y de instituciones o de fundaciones o de entes de base fundacional para los segundos, cómo señala SANTAMARIA PASTOR, J.A., *cit.*, pág. 832.

³.- MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., en *Introducción al ...*, *cit.*, pág. 63, define a las personas jurídico-públicas de base corporativa como aquellas "que están constituidas en su base por un **universitas personarum**, esto es, por un conjunto de personas que son quienes determinan desde dentro su voluntad y

Este encuadramiento jurídico puede ser aceptado si se parte de la división "entidades asociativas-entidades institucionales" para poder reconducir **dogmáticamente** el conjunto de entes que ejercen funciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico y que son dotadas de personalidad para poder explicar las relaciones jurídicas que generan, en particular las de carácter patrimonial⁴.

La citada concepción doctrinal encontró su más depurada construcción, para las entidades de base privada, en la obra de Savigny al concretar institucionalmente el campo de las personas jurídicas reduciéndolo a las corporaciones y fundaciones⁵; sistemática que fue incorporada posteriormente a las instituciones públicas del Derecho alemán, en concreto respecto de las ciudades, por Gierke⁶, quien utilizó una perspectiva histórica de la significación de las asociaciones y comunidades germanas.

soportan en principio su sostenimiento y financiación".

⁴.- De esta forma, y en relación con los municipios, se expresa NIETO, A., *Bienes comunales...*, cit., pág. 181, cuando señala la indefectible unión que existe entre el origen de los municipios, como **universitas** dotados de personalidad, y estas relaciones patrimonializadas entorno a los **bienes comunales**: "El municipio, transpersonalizado de los vecinos, sustituye a la antigua e indiferenciada agrupación de éstos en buena parte de sus derechos y obligaciones. La consecuencia va a ser que los bienes del común de los vecinos se van a convertir en bienes municipales, ya sean de propios o comunales. La clave del proceso es, pues, un cambio de atribuciones de titularidad, lo cual nos obliga a examinar las razones de aparición del nuevo sujeto al que van a imputarse los bienes comunales: el Municipio. El origen de los bienes comunales modernos está inseparablemente vinculado al origen del municipio moderno; más aún, **es una simple consecuencia de éste**".

⁵.- Como reconoce DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1.984, pág. 263.

⁶.- Señalando GARRIDO FALLA, F., *Tratado de ...*, cit., pág. 327, que este autor, en su obra *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, afirma que "el concepto de corporación lo extrajo el Derecho alemán de la esencia de la ciudad; de aquí pasó a conformar otras asociaciones con ciertas características comunes a aquella".

Y es que Savigny, al considerar que todo derecho subjetivo ha de tener un sujeto, pues no se concibe la idea de un derecho subjetivo sin titular, obliga a entender como persona jurídica a aquellas instituciones perfiladas en la Historia que pudieran ser titulares de algún derecho subjetivo⁷.

De esta forma acepta la existencia única y exclusivamente de dos tipos de personas jurídicas, la "universitas" y el "collegium". Siendo éstas últimas aquellas personas jurídicas que descansan sobre un fin general que les está asignado; mientras que las primeras las denomina corporaciones por estar constituidas por un número de individuos que se reúnen, y ,por ello, cómo una "expresión tomada de la lengua latina"⁸. De esta suerte señala Savigny como el carácter esencial de una corporación se encontraba "no en uno de sus miembros individualmente considerado, ni aún en todos sus miembros reunidos, sino en un conjunto ideal; siendo una consecuencia particular, pero importante de este principio, que el cambio parcial o total de sus miembros no toca la esencia ni a la unidad de la corporación⁹"; tipología corporativa de la que excluye tajantemente tanto al Estado como a los municipios.

⁷.- DE CASTRO Y BRAVO, F. DE., *cit.*, pág. 175.

⁸.- SAVIGNY, M.F.C., DE., *Sistema de Derecho Romano Actual*, trad. esp. MESIA, J., y POLEY, M., tomo I, 2ª ed., Madrid, pág. 61.

⁹.- SAVIGNY, M.F.C., DE., *cit.*, pág. 61.

Por tanto, este autor deja muy claro la **artificialidad** de las personas jurídicas así construidas, que al tener únicamente una "existencia ideal"¹⁰, hacen necesario su reconocimiento formal por parte del Estado.

Y es que, como señala De Castro, con la elaboración de esta **personalidad ficta** se consigue una preponderancia absoluta del Estado frente a cualquier otra agrupación de ciudadanos, puesto que "para que nazca, para que viva la persona jurídica, es requisito necesario la autorización del poder supremo del Estado"¹¹.

Savigny también excluía de esta existencia artificial o contingente a los municipios, por cuanto considera que las ciudades son anteriores al Estado en su mayor parte¹², a la vez que resalta que sus características "políticas y administrativas es más importante que su carácter privado, es decir, su cualidad de persona jurídica"¹³.

¹⁰.- Como manifiesta MALUQUER DE MOTES, C., "Persona Jurídica" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XIX, Seix, Barcelona, págs. 634 y 635; en términos mucho más literarios se expresa COSSIO, A., DE, "Evolución del concepto de la personalidad, y sus repercusiones en el Derecho Privado", *R.D.Pr.*, vol. XXVI, 1.942, pág. 762, cuando compara metafóricamente al hombre concebido según esta teoría, y dado el grado de abstracción que utiliza la misma, "como un mero vaso apto para recibir toda clase de licores, y la personalidad, como un simple concepto de relación".

¹¹.- DE CASTRO Y BRAVO, F., *cit.*, pág. 263.

¹².- SAVIGNY, M.F.C., DE., *Sistema de ...*, *cit.*, pág. 60

¹³.- SAVIGNY, M.F.C., DE., *cit.*, pág. 60, al citar los Títulos del Digesto que tratan de los municipios considerados como cuerpos políticos y administrativos, y que este autor encuadra en su Libro I, Título I, 12.

Y es que, desde un punto de vista histórico, la división de las distintas personificaciones **morales**, ya desde la Edad Media, hacía referencia a una clasificación "dual", **universitas rerum-universitas personarum**¹⁴, que posteriormente fue ampliada con la creación de la categoría de los **establecimientos públicos** (Anstalt)¹⁵.

Así en el Derecho Romano, y durante todo el Imperio, se desarrolló el concepto de persona jurídica para la constitución de los "municipia" que iban englobándose en la órbita de Roma. Y es que tras la conquista de las ciudades itálicas los romanos las dotaron de Estatutos, como contrapartida a su pérdida de soberanía, y para no anular su **capacidad política**¹⁶. Esto es, si las ciudades eran tratadas como las personas físicas, debían ser personas jurídicas. Con la posterior elaboración de los jurisconsultos se concibe a los municipios como un ente único y distinto de la pluralidad de sus miembros, al lado de los particulares reunidos en asociación.

Según De Castro el problema de la personificación de

¹⁴.- Como señala GALLEGO ANABITARTE, A., *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, cit., pág. 17.

¹⁵.- Categoría a la que no se ha dado especial transcendencia en nuestra doctrina con la salvedad más significativa de GALLEGO ANABITARTE, A., *Constitución y ...*, cit. pág. 170, que se muestra partidario de incluir en este tipo de personificación al Estado, para salvar de esta forma su negativa a dotarle de personalidad jurídica.

¹⁶.- Así SAVIGNY, M.F.C., DE., *Sistema de ...*, cit., pág. 60, establece que en el Derecho romano las ciudades siempre tuvieron la consideración de entes con características políticas y administrativas "más importante que sus caracteres privados".

entidades no humanas se presenta esencialmente con relación a las ciudades y surge ante una realidad: éstas eran consideradas como responsables de los delitos cometidos por sus vecinos, llegando tanto las autoridades civiles como las eclesiásticas a imponerles sanciones. Ante tal situación el canonista Sinibaldo Flisco, para justificar que algo que no tiene alma ni conciencia pueda ser titular de derechos y ejercitar acciones, recuerda y altera un texto romano de Florentino y para ello nos dice que se **finge que la ciudad y la colectividad es una persona**¹⁷.

Y es que la construcción medieval del concepto de corporación era el resultado de una **neta separación** entre la entidad así surgida y los sujetos individuales que la componen¹⁸.

Frente a la configuración de las ciudades ofrecida por Savigny, Gierke las incluye dentro de la categoría de corporaciones, pero con la importante novedad de caracterizarlas no como personas ficticias, sino como personas reales. No obstante Gierke concibe una corporación "de tipo alemán"¹⁹ -Genossenschaft-, que consiste en una personalidad colectiva que "al mismo tiempo era una unidad jurídica y una pluralidad coligada (...). En la Genossenschaft las personas se reúnen y forman, para los

¹⁷.- DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona ...*, cit., pág. 262.

¹⁸.- SALEILLES, R., *De la personnalité juridique ...*, cit., pág. 215.

¹⁹.- Así la define FERRARA, F., *Teoría de las personas jurídicas*, cit., pág. 47.

finés duraderos de la coligación, un nuevo ente jurídico común; pero, por otra parte, para una serie de objetos individuales, están ligados bajo una simple pluralidad social"²⁰.

Y esta configuración de Gierke (Genossenschaft), que contrasta con la radical separación entre la entidad y sus integrantes realizada en la elaboración del Derecho Romano, es la utilizada para definir y clasificar a las ciudades prusianas, con la consiguiente participación de sus vecinos en la consecución de los intereses de esa colectividad. Además, y desde una situación de su encuadramiento, se las transforma en entes privados, con la supresión de la dicotomía entre Derecho Privado-Derecho Público²¹.

Posteriormente en esta configuración de pluralidad de entes asociativos se llega a distinguir, según Forsthoff, entre las Colectividades Públicas, los Establecimientos Públicos y las Fundaciones Públicas; siendo la nota diferenciadora de las Colectividades Públicas, como asociación de personas que se constituyen (Verband), la cualidad de "miembros del grupo" que tienen sus asociados, que cuando, además, tienen derecho tanto a la elección de los miembros de esta asociación, como a la adopción de las decisiones más importantes, deben ser calificadas como

²⁰.- FERRARA, F., *cit.*, pág. 48.

²¹.- Tal y como señala GINER DE LOS RIOS, F., "Teoría de la Persona social ...", *cit.*, pág. 23. Siendo precisamente esta construcción última del Derecho alemán la que se introduce en nuestro Derecho con la obra de autores como éste, y que se plasmó en la Ley municipal de 1.870 al considerar por primera vez en nuestra Historia a los municipios como personas jurídicas.

Corporaciones Públicas (Öffentliche Genossenschaft)²².

Estas corporaciones, al ejercer prerrogativas de Derecho público, deberán ser tuteladas por el Estado, como condición necesaria, pero no suficiente, para su existencia como Colectividades, bien sea para proteger a los miembros de la colectividad frente a sus dirigentes, bien para la protección de la colectividad y sus intereses frente a los dirigentes, bien para la protección de la legalidad, ó, en definitiva, para la protección de los intereses del Estado²³.

En suma, tales personificaciones se integrarían en una estructura "intermedia" entre el Estado, como único titular de las potestades públicas, y un conjunto de entes que, teniendo base asociativa, son "habilitados" por aquél para ejercer funciones públicas.

Nuestro estudio pues no tiene otro objeto que el referirse al encuadramiento o no de las Entidades locales en este u otro tipo de personificación jurídica²⁴.

²².- FORSTHOFF, E., *Traité de Droit Administratif Allemand*, cit., pág. 700.

²³.- FORSTHOFF, E., cit., pág. 705.

²⁴.- Por tanto, y para precisar el objeto de nuestro estudio en este apartado, no pretendemos terciar en la polémica doctrinal surgida en nuestro país entorno a la personificación del Estado, o de las Administraciones Públicas, aunque sí manifestamos expresamente nuestra mayor sintonía hacia la primera de las posturas; para contemplar en su plenitud este debate pueden consultarse las obras GALLEGO ANABITARTE, A., *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, Madrid 1.992, "in totum"; y GARCIA DE ENTERRIA, E., en especial, "El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público", *Administración instrumental. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Tomo II, Civitas,

II.- LA SITUACION CONCEPTUAL EN EL DERECHO COMPARADO:
BREVE REFLEXION.

A) LA SITUACION EN EL DERECHO ALEMAN.

1º.- La personificación jurídica como fórmula de
"garantía"

Con un sentido ciertamente "garantista" de la existencia de los municipios prusianos frente al Estado²⁵ Gierke formuló la tesis que les definía como Corporaciones de Derecho Público, de tal forma que aquéllos pudiesen defender los intereses de sus ciudadanos, en una construcción integradora de la dialéctica entre el Estado y la sociedad. Siendo esta misma perspectiva "corporativa"

Madrid 1.994, pág. 195 y sgs., con especial atención a la Addenda en donde contrasta y discrepa de alguna de las afirmaciones de GALLEGO ANABITARTE referidas en el libro ya referido. Igualmente puede consultarse a MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., cit., pág. 57 y sgs., cuando considera que la técnica de la personificación jurídica en el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico alcanza a todos los Poderes públicos entendidos estos como "organizaciones determinadas que actúan como centros de referencias subjetivas (...). Así surge la personalidad jurídica del Estado y la de otras Entidades territoriales o Corporaciones sectoriales".

²⁵.- GÖNNENWEIN, O., *Derecho Municipal Alemán*, trad. esp. SANCHEZ SAGASETA, M., I.E.A.L., Madrid, 1.967, pág. 10. En igual sentido se pronuncia en nuestro país ARIÑO ORTIZ, G., "La Administración institucional: origen y personalidad", R.A.P., n°63, 1.970, pág. 96.

la que este autor utilizó para explicar la existencia y configuración de todas las entidades públicas desde la familia, como asociación **más simple**, hasta la más poderosa, y de la cual surgen las facultades del resto, el Estado.

De esta forma no hizo sino aplicar sobre las ciudades una línea de actuación de la doctrina iuspublicista alemana de la época, utilizar la personificación jurídica como "técnica de neutralizar o aminorar las tensiones entre los grandes principios políticos que en el siglo XIX se debaten"²⁶.

Y es que con la utilización de esta técnica jurídica de la personificación se consigue "un entendimiento de las relaciones entre el poder estatal y los individuos, convertidas ahora en verdaderas relaciones jurídicas"²⁷ y dentro del Estado de Derecho; pero todo ello sin que supusiese la pérdida del carácter superior del Estado -el monarca, en suma-, tanto sobre las ciudades como respecto del resto de personas jurídicas que pudieran configurarse, aunque sí supone, sin duda, una limitación a los poderes del rey entendidos como facultades integradas en su patrimonio²⁸.

²⁶.- ESTEVE PARDO, J., "La personalidad jurídica en el Derecho Público y la dialéctica Estado-Sociedad. Perspectiva histórica", en la obra colectiva *Administración instrumental...*, cit., pág. 873.

²⁷.- CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, J.L., "La doctrina clásica alemana sobre la personalidad jurídica del Estado", cit., pág. 869.

²⁸.- Como resalta REDOR, M.J., "L'État dans la doctrine publiciste française du début du siècle", *Revue Française de Théorie Juridique*, n° 15, 1.992, pág. 92, y que compara con la experiencia vivida en el Derecho francés con la construcción de la teoría de la soberanía nacional.

Por ello la configuración del Estado como persona jurídica realizada por Albrecht tiene que ser explicada en este contexto de búsqueda de soluciones jurídicas a los problemas políticos de su época.

Así este autor llega a señalar que :

"Esta divergencia no es otra que la lucha entre el antiguo Derecho de la época constitucional imperial que llega hasta nuestros días y un nuevo Derecho (...). Hoy en día no consideramos al Estado como una asociación de hombres, prevista únicamente para finalidades e intereses individuales, sea de todos o de muchos o incluso de uno sólo, concretamente del Soberano, sino como una colectividad (Gemeinwesen), como una institución (Antsalt) situada por encima de los individuos (...). De esta forma la vida del individuo (la del Soberano y la de los súbditos) se descompone en dos partes: una, en la cual, en virtud del interés general, en nombre y servicio del Estado, cabeza o miembro del mismo, se ve investido de derechos u obligaciones; y, otra, en la cual, en cuanto individuo independiente, tiene derechos por sí mismo u obligaciones respecto de otra persona. Por consiguiente, en la medida en que, en relación al primer campo, negamos al individuo toda personalidad jurídica independiente, nos vemos necesariamente

conducidos a atribuir la personalidad que domina, actúa y tiene derechos en este campo al Estado mismo, a considerarlo, en consecuencia, como una persona jurídica²⁹".

La cita es larga pero consideramos que necesaria por cuanto en ella se expresa la intención del autor de servirse de la técnica de la personificación³⁰ como instrumento de solución de los problemas políticos de su época, con la potenciación del Estado, y la superación de las tensiones entre el pueblo y el monarca.

Se consigue garantizar, **en términos jurídicos**, la superioridad del Estado, la existencia de los municipios y los derechos de éstos y de sus ciudadanos, puesto que las relaciones entre todos ellos se encuentran reguladas por el Derecho.

Respecto del primer argumento, los privilegios tradicionales de los monarcas pasan a ser ejercidos ahora por éstos en calidad de titulares de los órganos del Estado, pero sin desaparecer en modo alguno, dado que el

²⁹.- Siguiendo la traducción realizada por CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, J.L., "La doctrina clásica alemana sobre la personalidad jurídica del Estado. Notas de una relectura", en la obra *Administración instrumental...*, cit., pág. 851.

³⁰.- A esta construcción frente a la que se opone MAYER, O., por considerarla absolutamente artificial, "imagen, metáfora y abstracción" (citado por CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, J.L., "La doctrina clásica alemana...", cit., págs. 868 y 869), dado que este autor califica al Estado como un *Antsalt* "encargado de mantener y defender a ese todo vinculado espiritualmente que es el pueblo", sin que se le dote de personalidad jurídica, algo que habían efectuado "los profesores alemanes, sin ayuda alguna".

Estado y la figura del Monarca no aparecen contrapuestos, sino, al contrario, éste último aparece como la manifestación del primero.

Respecto de los derechos de las ciudades e individuos, éstos se encuentran garantizados por la Constitución para permitir, respecto de las ciudades, la participación de sus vecinos en la **función administrativa**. Así Gierke establecía el reconocimiento de las ciudades como entidades "con ciertos derechos y libertades públicas"³¹ que el Estado no puede desconocer. De esta forma se consagra su existencia, a la vez que pueden ser utilizadas como instrumentos de participación en la vida pública sin quebrar la omnipotencia del Estado.

Y es que de esta forma tal personificación corporativa, al permitir la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos, tendría la virtud de reconducir "las relaciones tirantemente planteadas en la primera mitad del siglo entre Estado y Sociedad"³² en Alemania, y ello con la finalidad de seguir manteniendo la estructura del Estado como un *Estado absoluto* y restaurar cierta vida en los municipios prusianos³³, garantizándose así su propia existencia que se había visto amenazada por

³¹.- DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, cit., pág. 209.

³².- MARTIN MATEO, R., *El Municipio y el Estado en el Derecho Alemán*, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1.965, pág. 113.

³³.- Así explica GÖNNENWEIN, O., *Derecho Municipal Alemán*, cit., pág. 17, el significado de la obra legisladora del barón Von Stein.

la actuación del Estado³⁴.

³⁴. - Actuación del Estado contra las libertades locales que DELBEZ, L., "Le régime municipal allemand", R.D.P., n° 47, 1.930, págs. 26 y 27, describe de la siguiente manera: "Les Hohenzollern y avaient à peu près complètement détruit les libertés locales, survivance des institutions féodales. Les bourgmestres étaient devenus des fonctionnaires royaux, la police municipale était devenu seul compétent en matière de finances locales. C'est dans ces conditions qu'intervirent après la catastrophe d'Iéna les réformes de Stein".

2º.- La obra de Gierke en la personificación de los municipios prusianos

Gierke parte del estudio de las supuestas tradiciones de las asambleas y comunidades vecinales de la Edad Media para configurar un concepto capital en su teoría: la "Genossenschaft"; pudiéndose traducir el término "genossen" como aquella "condición de un individuo que forma con los miembros del grupo a que pertenece una comunidad espontánea y corporativa, integrada profundamente por las corrientes de interacción que se producen en su seno"³⁵.

La **Corporación** es para este autor, por tanto, una persona colectiva **real**, formada por seres humanos reunidos y organizados para la consecución de fines que traspasan la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y de acción³⁶. De esta forma, así como la persona física actúa mediante órganos corporales, la persona colectiva ha de manifestar y llevar a cabo su actuación mediante "órganos" adecuados.

³⁵.- Según hace, con todos los matices debido a que este término no tiene reflejo en la lengua castellana, MARTIN MATEO, R., *cit.*, pág. 14. O como lo concibe DE CASTRO Y BRAVO, F. DE., *La persona jurídica...*, *cit.*, pág. 154, para quien no sería sino "un cuerpo orgánico compuesto de los elementos que, conforme al estatuto, se separan de los individualmente reunidos, de modo que si bien ella constituye una persona unitaria, colectiva, ella vive en la pluralidad de sus miembros".

³⁶.- CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español y Foral*, tomo I., vol. II, 14ª ed., Madrid, 1.984, pág. 422.

Respecto de la tipología de personas jurídicas así determinada, la Corporación o Genossenschaft se caracterizaba porque la voluntad unitaria surge de la unión de una pluralidad de voluntades individuales, cuya composición y mezcla en parte engendra a aquélla³⁷.

Para este estudio histórico Gierke divide en cinco períodos el derecho asociativo alemán, en los que, después de una época de triunfo de las comunidades libres, se produce la instauración del Estado quien se reserva el monopolio del Derecho público con la "lógica consecuencia de la ubicación de los municipios (...) en el ámbito del Derecho privado"³⁸.

Y es que se parte de un hecho irrefutable cuál es la superioridad del monarca, estableciéndose todo un sistema organizado corporativamente, en el cual aquél sería el vértice superior e intangible, tal y como formulase Hegel³⁹, dada su condición de órgano supremo del Estado.

La elaboración doctrinal de Gierke enlazaría, en todo

³⁷. - Como establece GINER DE LOS RIOS, F., "La Teoría de la Persona Social en los juristas y sociólogos de nuestro tiempo", *R.G.L.J.*, n° 76, 1.890, pág. 31; en igual sentido puede verse el Prólogo de este autor a la obra de G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1.981, pág. XX.

³⁸. - MARTIN MATEO, R., *cit.*, pág. 16.

³⁹. - FLOGAÏTIS, S., resalta la adecuación de esta construcción histórico-constitucional dentro del planteamiento hegeliano de la omnipotencia del Estado, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, L.G.D.J., París, 1.979, pág. 76.

caso, con el deseo de los monarcas alemanes de afianzar su poder, y, en definitiva, el del Estado creado a su semejanza⁴⁰, para lo cual consideran que los municipios sólo pueden existir con **el requisito necesario de la autorización del poder supremo ostentado por el Estado**⁴¹. Máxime ello cuando en este país han existido graves problemas para la cohesión y creación de un Estado unificado; cómo nos recuerda Albertin, aún en la Constitución de 1.871 Alemania era definida como una confederación de los príncipes alemanes⁴².

De esta forma los municipios prusianos serían para Gierke **Corporaciones de Derecho público**⁴³, y ello como consecuencia de la atribución a la colectividad de funciones públicas sobre un conjunto de actividades que ni correspondían al Estado por propia decisión de éste, ni tampoco eran privadas⁴⁴, y dada la ausencia de otro tipo de personificación jurídica integrada por personas privadas que no fuese el Estado.

⁴⁰.- GARCIA DE ENTERRIA, E., "El concepto de personalidad en el Derecho Público" en la obra colectiva *Administración Instrumental...*, cit., pág. 828, señala como en Alemania, al faltar un movimiento revolucionario como el vivido en Francia, se produce una construcción del concepto de Estado "como un "espíritu objetivo" transpersonal que vendría a sustituir el tradicional, y ya visto como arcaico, centro subjetivo del monarca, y que a la vez elude sabiamente la posición exacta del pueblo en el sistema".

⁴¹.- DE CASTRO Y BRAVO, F. DE, cit., pág. 262.

⁴².- ALBERTIN, L., "Les rapports entre les Länder et les communes en Allemagne Fédérale", incluida en la obra colectiva *Les pouvoirs locaux a l'épreuve de la décentralisation*, A. Pedone, París, 1.983, pág. 80.

⁴³.- MARTIN MATEO, R., *El municipio y el Estado ...*, cit. pág. 112.

⁴⁴.- Entendida esta expresión como sinónimo de individualidad.

En un plano normativo, esta corriente "garantista" sobre los municipios, se manifiesta en la Ordenanza del barón Von Stein, de fecha 19 de Noviembre de 1.808, quien pretendió otorgar nuevas funciones a los municipios alemanes con la finalidad de servir de estímulo al funcionamiento de la totalidad del Estado⁴⁵.

Para ello se estableció una participación en los asuntos públicos a través de las instituciones locales, básicamente los grandes propietarios, que actuarían de una manera apolítica y con un carácter altruísta, para así conseguir, según Von Stein, una Administración más eficaz, un ahorro en los costes y "un reforzamiento de los sentimientos de madre patria, independencia y honor nacional"⁴⁶.

Se destaca en la citada formulación normativa una de las bases esenciales de la posterior configuración dogmático-jurídica, la articulación de una suerte de **autoadministración apolítica** que, según apunta Flogaïtis, se contrapondría con el carácter político de otro tipo de Administración denominada Gobierno (Regierung), lo que le da pie a inducir la existencia de una diferencia **cualitativa** entre los Länder y las corporaciones

⁴⁵.- Como pone de relieve FROMONT, M., "Les compétences du pouvoir local en République Fédérale D'Allemagne", en la obra colectiva *La décentralisation en Europe*, C.N.R.S., París, 1.981, pág. 15.

⁴⁶.- Citado por MARTIN MATEO, R., *El municipio y el Estado ...*, cit., pág. 32, y recogido de la obra de PERTZ, *Das Leben des Ministers Freihern von Stein*, Tomo I, pág. 425 y sgs.

autoadministradas, esto es, entre "federalismo y descentralización"⁴⁷.

⁴⁷.- FLOGAÏTIS, S., *La notion de Décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, cit., pág. 104.

3^o.- Características del municipio alemán como
Corporación de Derecho Público.

Se deduce así una construcción del municipio en el Derecho alemán que contiene, al menos, las siguientes **características:**

A) El municipio es una entidad que se asienta sobre la asociación de las personas que le integran (Verband)⁴⁸, y que alcanzan la cualidad de miembros (Mitgliedschaft). Elemento personal que actúa como medio para superar la tensión entre "Estado" y "sociedad", al permitir el Estado la identificación y consecución de finalidades sociales.

B) Sus miembros tienen derecho a participar en la adopción de las decisiones más importantes, así como el nombramiento de sus cargos, y ello en ejercicio de la **selbstverwaltung**⁴⁹.

⁴⁸.- FLOGAYTIS, S., cit., pág. 116.

⁴⁹.- Entendida ésta como capacidad de autoadministración realizada por una persona jurídica distinta del Estado "en cuanto colectividad superior (...), ejerciendo para ello poderes coactivos delegados por el Estado y dentro de los límites por él fijados"; en definitiva este concepto hace referencia directa a una actuación **estrictamente administrativa**, MARTIN MATEO, R., cit., pág. 109.

C) Esta entidad ha sido creada por el Estado a quien, por tanto, no preexiste y frente al cual se sitúa en una posición de inferioridad *innata*; por ello el Estado tiene un control de tutela respecto de sus actuaciones con la finalidad esencial de preservar su posición institucional⁵⁰.

D) En esta condición corporativa el municipio se encuentra en la base de la construcción escalonada (Stufenbau) de todo un entramado de entidades públicas territoriales de base corporativa⁵¹, y en cuyo vértice se encontrará el Estado omnipotente.

⁵⁰.- Llegando FLOGAYTIS a afirmar que esta tutela es un elemento inherente a la noción de corporación pública, *La notion de Décentralisation ...*, cit., pág. 116.

⁵¹.- Hasta el punto que el propio GÖNNENWEIN, O., *Derecho Municipal ...*, pág. 7, considera también como Corporaciones de Derecho Público "no sólo los Municipios locales, sino también las **agrupaciones de Municipios**. También estas constituyen personas colectivas de Derecho Público".

B) LA SITUACION DOGMATICA EN EL DERECHO FRANCES.

En el Derecho francés no parece otorgarse una especial relevancia a la categorización dogmático-jurídica de las Entidades locales por cuanto en la actual Constitución de 1.958, artículos 34º y 72º, únicamente se establece que éstas son "**collectivités locales o collectivités territoriales**"⁵², sin que esta diferenciación terminológica sea considerada como sustancial por la doctrina francesa dado su escaso valor⁵³. Y ello pese a ser este el país en el que con más insistencia se vivieron los postulados jacobinos de la unidad e indivisibilidad del Estado y que contribuyó, según Bourjol⁵⁴, a la identificación de las funciones a desempeñar por las Entidades locales como funciones exclusivamente "administrativas".

⁵².- Siguiendo así una tradición terminológica reciente en cuanto ésta aparece consagrada por primera vez en el Derecho francés en el proyecto de Constitución de 19 de Abril de 1.946 que nunca llegó a ser ratificada por el pueblo, pues la terminología clásica, proveniente de la época del Consulado, era la de "administration locale", según recoge BOUDINE, J., "La distinction entre collectivité locale et collectivité territoriale. Variation sémantique ou juridique?", *R.D.P.*, 1.992-I, pág. 172.

⁵³.- Para un conocimiento en detalle de la distinción entre colectividades territoriales y colectividades locales, puede consultarse el trabajo de BOUDINE, J., "La distinction entre ...", *cit.*, "in totum".

⁵⁴.- BOURJOL, M., *La réforme municipale. Bilan et perspectives*, Ed. Bergenn-Levrault, París, 1.975, pág. 107.

1ª.- La personificación jurídica de las Entidades locales: Evolución normativa y doctrinal.

Siguiendo el interesante estudio histórico de la evolución de las Entidades locales en este Derecho realizado por Bourjol y Bodard, puede señalarse como en el Antiguo Régimen los municipios eran "personas civiles menores de edad y sometidas a la tutela del Rey"⁵⁵ que contaban con un conjunto de privilegios obtenidos de su confrontación con aquél; situación que se ve radicalmente modificada con la Revolución francesa que procede a su abolición⁵⁶, al uniformizar el régimen jurídico de la totalidad de los municipios franceses, a los que llega a otorgar un carácter político como instrumento "pour l'exercice de la Souveraineté" (Constitución de 24 de junio de 1793).

Posteriormente, y como consecuencia de la situación caótica generada por su contraposición a la función estatal, pasan los jacobinos a incluirles dentro del aparato administrativo del Estado, lo que se consagró ya

⁵⁵.-BOURJOL, M., y BODARD, S., *Droit et libertés des collectivités territoriales*, Ed. Masson, París 1.984, págs. 13 y sgs.

⁵⁶.- Así la Declaración de la Asamblea constituyente de fecha 4 de agosto de 1.789 establecía "il est déclaré que tous les privilèges particuliers des provinces, principautés, pays, cantons, villes et communautés d'habitants **sont abolis** sans retour et demeurent confondus dans le droit commun de tous les français".

a partir del Consulado y durante todo el tiempo del Imperio. Y es debido a este "recelo" a las Entidades locales que no se les otorgó personalidad jurídico-pública sino hasta 1.830, pues hasta esa fecha no fueron consideradas sino como meras personas privadas⁵⁷.

Se discute en la actualidad la **situación** de las "collectivités territoriales" en el Derecho francés; para un sector de la doctrina se las considera cómo "un élément du corps politique de l'Etat-nation"⁵⁸, que actúa como contrapeso a la omnipotencia del Estado-organización, dando así una nueva y moderna definición del concepto clásico de división de poderes⁵⁹ al operar las Entidades locales como elementos políticos que ejercen la soberanía, a través de su participación en el Senado, otorgando pues, en palabras de Burdeau⁶⁰, **su dimensión local** a la actuación de los poderes públicos. Mientras otros autores mantienen una posición de escepticismo, cuando no de recelo⁶¹, ante las

⁵⁷.- Tal y como señala HAURIUO, M., citado por ARIÑO ORTIZ, G., "La Administración Institucional: origen y personalidad", R.A.P., n° 63, pág. 97.

⁵⁸.- BOURJOL, M, y BODARD, S., cit., pág. 24.

⁵⁹.- De manera que, aceptando la tradicional existencia de una división de poderes **funcional**: legislativo, ejecutivo y judicial, actúe en otro "plano", pero conectados ambos en cada actuación pública (división de poderes territorial: Estado y colectividades territoriales). Esta idea de la concepción "dual" del concepto de separación de poderes es compartida por DELPÉRÉE, F., "La séparation des pouvoirs, aujourd'hui", *Administration publique. Revue du Droit Public et des Sciences Administratives*, vol. 2-3/1.990, pág. 126, que la denomina como "séparation verticale" cuando hace referencia al "fonctionnement des autorités de l'Etat", y de "séparation horizontal" cuando hace referencia a "l'organisation stratifié de l'Etat et de ses composantes".

⁶⁰.- BURDEAU, G., *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, 19ª ed., L.G.D.J., París, 1.980, pág. 510.

⁶¹.- Sirva como ejemplo orientativo la intervención de un diputado en la Asamblea francesa: "L'autonomie c'est la constitution d'une commune qui peut traiter d'égal à égal avec l'État et qui, si elle est assez grande, assez riche, assez forte, peut faire capituler l'État lui-même", citado por PONTIER, J.M.,

Entidades locales y su función constitucional.

No obstante ello, la discrepancia doctrinal no ha reflejado en ningún momento una diversidad sobre su tipología jurídica⁶², sino más bien sobre las funciones que las Entidades locales pueden asumir y, en definitiva, sus relaciones con el Estado-organización, puesto que la única afirmación de orden dogmático-jurídico que se efectúa sobre su tipología consiste, como hace Pontier, en calificarles únicamente como "**une personne publique territoriale**"⁶³.

Cabe advertir en este estudio del Derecho francés la obra de Michoud⁶⁴ quien, al intentar realizar una clasificación de las personas jurídico-públicas en el mismo, distingue entre el Estado, las "communautés territoriales (départements, communes, provinces)", y los

L'Etat et les collectivités locales. La repartition des compétences, L.G.D.J., París, 1.978, pág. 331. Y es que se ha pretendido otorgar a las Entidades locales una naturaleza administrativa y a su poder derivado de una previa delegación del Estado, DEBBASCH, CH., BOURDON, J., PONTIER, J.M., y RICCI, J.C., *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Ecomica, 2ª ed., París, 1.986; puesto que al ser Francia un Estado unitario y no federal las Entidades locales sólo pueden actuar con autonomía "dans l'ordre administratif", RIVERO, J., *Droit Administratif*, Dalloz, 2ª ed., París, 1.967, pág. 275. Posición que se refleja de forma gráfica en la frase de LAVERGNE, B., "Insuffisances et réforme de l'administration française", *Revue de métaphysique et de morale*, nº 29, 1.922, pág. 107, que "quelques hommes politiques, un jour de banquet, parlent de décentralisation. Hissés au pouvoir, ils centralisent davantage encore".

⁶².- Y es que quizás el espíritu francés sea menos complejo que el alemán, y poco propenso al estudio de las categorías, como reconoce SALEILLES, R., *De la personnalité juridique. Histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction a un Cours de Droit Civil Comparé sur les personnes juridiques*, Ed. Arthur Rousseau, París, 1.910, pág. 224.

⁶³.- PONTIER, J.M., *L'Etat et les*, cit., pág. 575.

⁶⁴.- MICHOD, L., *La Théorie de la personnalité morale et son application au Droit français*, L.G.D.J., París, 1.906, fundamentalmente en las páginas 235 a 241.

establecimientos públicos.

Respecto al objeto de nuestra investigación, las "communautés territoriales", categoría en la que también sería encuadrable el Estado pero al que se diferencia por ser, en palabras de este autor, "la plus haute de ces communautés"⁶⁵, éstas se distinguen de los establecimientos públicos en cuanto que comprenden a toda la población "groupée sur un territoire déterminé et représentent les intérêts collectif de toute cette population"⁶⁶. Es decir, mientras que los establecimientos públicos no están ligados a ningún territorio y sus funciones son, por ello, específicas y no generales, las "communautés territoriales" se fundamentan sobre una población asentada en un territorio que es a la vez un límite a su acción "et un caractère qui sert à déterminer la qualité de membre de ces communautés" y sus "intérêts collectifs", por esto tienen un ámbito de actuación general⁶⁷.

Construcción doctrinal que tampoco ha de tener mayor carga dogmática, y es que, como reconoce Saleilles, en la Historia de la dogmática sobre la tipología de las personas públicas, ya desde el Antiguo Derecho francés, se ha venido

⁶⁵.- MICHOU, L., *cit.*, pág. 241.

⁶⁶.- Conclusión que también puede encontrarse en otros autores de la época como VAREILLES-SOMMIERES, M., DE, *Personnes morales*, L.G.D.J., París 1.902, pág. 487.

⁶⁷.- MICHOU, L., *cit.*, pág. 243.

incluyendo a todo tipo de entidades bajo la denominación de "corps ou de communauté"⁶⁸.

⁶⁸. - SALEILLES, R., *cit.*, pág. 224.

2º.- Las características esenciales de las Entidades locales.

De esta forma y según señala la doctrina de aquel país, casi de manera unánime, se pueden señalar como elementos esenciales de estas colectividades los siguientes:

a) Personalidad jurídica que aparece otorgada a nivel constitucional⁶⁹ y opera como condición fundamental para la existencia de una verdadera traslación de funciones públicas, pero sin precisar de qué tipo de personalidad moral se trate⁷⁰; personificación jurídica que niegan autores como Duguit⁷¹ o Jèze⁷², quienes no perciben la

⁶⁹.- Dada la expresión utilizada por el artículo 34 de la Constitución al dotar a las Entidades locales de competencias y medios necesarios para garantizar la "libre administration", en la interpretación que efectúa BOUDINE, J., "La distinction entre ...", cit., pág. 175.

⁷⁰.- Cómo puede evidenciarse en BOURDON, J., y otros, *Droit des collectivités...*, cit., pág. 74 y sgs, puesto que el tema de la personalidad jurídica es utilizado como medio para permitir la existencia de la descentralización, pues el ente descentralizado podrá asumir las funciones que el Estado le confiera.

Así este autor concluye que: "Les collectivités territoriales sont **des personnes publiques**. Ce qui les distingue des personnes morales de droit privé, c'est qu'elles sont finalisées: elles ne peuvent agir qu'en vue de l'intérêt public de la collectivité".

⁷¹.- Como señala DELCROS, B., *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat. (Etude sur les services non personnalisés de l'Etat)*, L.G.D.J., París, 1.976, pág. 2, la negativa de dotar de personalidad jurídica al Estado es explicada por DUGUIT como consecuencia de ser éste una persona soberana producto histórico "d'une différenciation sociale entre les forts et les faibles dans une société donnée".

existencia de tal clase de personalidades jurídico-públicas.

b) Existencia de un conjunto de personas que la integren y un territorio sobre el que actuar el conjunto de funciones públicas.

c) Carácter representativo o democrático de sus órganos de gobierno, de manera que tanto la Asamblea deliberante como los órganos ejecutivos sean elegidos por sufragio universal, bien sea directo (generalidad de los supuestos), bien indirecto.

d) Conjunto de competencias propias, **affaires locales**, que permitirá su actuación en un conjunto de materias que deberán ser determinadas por la Ley⁷³, aunque se acepte la existencia de una "vocación" genérica de intervención, sin que ello signifique que sean titulares de una competencia general de actuación⁷⁴.

En definitiva, en el sistema jurídico francés se elude

⁷².- Por medio de su ya célebre expresión: "Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale".

⁷³.- Como señala el Consejo constitucional francés en su resolución de fecha 22 de mayo de 1.985, citado por ROUX, A., "Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales", en R.F.D.A., 1.992-III, pág. 442.

⁷⁴.- BOURDON, J., PONTIER, J.M. y RICCI, J.C., *Droit des Collectivités territoriales*, Presses Universitaires de France, Paris 1.987, pág. 77.

categorizar sobre las Entidades locales, asumiendo una construcción jurídica de "collectivités", es decir, personas jurídico-públicas de naturaleza representativa y con facultades de actuación en un ámbito territorial y material propio⁷⁵.

⁷⁵.- En este sentido el *Juris-Classeur*, 1.994, voz "Collectivités locales", ref. n° 48, las define como "une personne morale d'essence constitutionnelle, dotée pour le commerce juridique, de la personnalité administrative". Y es que, en palabras de AUTEXIER, CH., cit., pág. 620, "les collectivités locales sont des personnes morales de droit public dont la compétence est définie par référence à une portion du territoire de la République".

III.- LA SITUACION EN NUESTRO DERECHO.

Como ya se advertía en la Introducción de este Capítulo, la doctrina española, con una unanimidad casi absoluta⁷⁶, califica y **clasifica** a las Entidades locales como Corporaciones de Derecho Público, bien de "primer grado" respecto de los municipios⁷⁷, al ser éstos las asociaciones de los vecinos; bien de "segundo grado", respecto las provincias, y como asociación de municipios⁷⁸.

Tanto en Francia como en otros países europeos, con excepción de Alemania, no existe un interés destacable en catalogar las Entidades locales dentro de un tipo de personificación pública determinado; por el contrario, se limitan a enumerar y definir los elementos necesarios que

⁷⁶.- La opinión discrepante se puede encontrar en GARRIDO FALLA, F., *Tratado de ...*, pág. 327, cuando considera que el carácter **corporativo** se puede predicar de los órganos de gobierno de las Entidades locales, pero no de las mismas; para ello articula un criterio historicista al considerar que "el artículo 5º de la anterior Ley local comenzaba así: Los ayuntamientos y las diputaciones provinciales son corporaciones a las que corresponde el gobierno y la administración de los intereses públicos peculiares de su territorio". Igualmente RIVERO YSERN, J.C., *Manual de Derecho local*, 2ª ed., pág. 83, tampoco establece el carácter corporativo de las entidades locales.

⁷⁷.- Vid. nota nº 1 de este Capítulo.

⁷⁸.- En este sentido se expresan MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "Provincia-Entidad local y Comunidades Autónomas uniprovinciales", *R.E.V.L.* nº 209, enero-marzo 1.981, pág. 45; PAREJO ALFONSO, L., "La Provincia como Entidad local determinada por la agrupación de municipios; fines básicos y competencias mínimas", en la obra colectiva *La Provincia en el sistema constitucional*, Civitas, Madrid, 1.991, págs. 85 y sgs.

las integran: personalidad jurídica, comunidad de personas, carácter representativo de sus órganos de gobierno, territorio y capacidad para gestionar sus intereses propios (existentes todos ellos también a nivel constitucional y ordinario en nuestro Derecho).

Nos encontramos pues ante una **similitud** de elementos integradores de las Entidades locales en nuestro Derecho con los del resto del continente europeo. Parece entonces que debemos cuestionarnos, aunque ello sea sólo por "simpatía" con otras corrientes doctrinales, si resulta interesante o necesario realizar un encuadramiento de las Entidades locales en alguna tipología de personificación jurídica, y ello por una razón esencial: esta labor sólo será positiva en cuanto vaya a reportar alguna ventaja en su conocimiento y comprensión; si, por el contrario, puede inducir a un planteamiento erróneo de la posición institucional de las Entidades locales será mejor abandonar todo esfuerzo en este sentido⁷⁹.

Lo cual no quiere decir, en este último supuesto, que no se deba estudiar la propia esencia de estas Entidades locales, por cuanto ello es imprescindible para conocer su posición en el diverso conjunto de poderes públicos de nuestro ordenamiento jurídico.

⁷⁹.- Y es que como afirma NIETO, A., "Entes territoriales y no territoriales", en *III Jornadas Administrativas de Galicia*, Orense, pág. 37, "en las ciencias jurídicas, la dogmática debe ser instrumento útil para describir y dar sentido a la realidad jurídico-positiva y no limitarse a ser una simple especulación mental, derivada, en el mejor de los casos, de un orden normativo no participado y carente de aplicación efectiva"; trabajo publicado igualmente en *R.A.P.*, n°64, 1.971, pág. 29 y sgs.

A) LA CONCEPCION CORPORATIVA DE LAS ENTIDADES
LOCALES: CONCEPTO Y CARACTERISTICAS.

En nuestro Derecho se puede señalar, y siguiendo a Jiménez Cisneros⁸⁰, que las notas características que contraponen las distintas personificaciones públicas se centran en que mientras las Corporaciones están formadas en base al principio asociativo y obligatoriedad para sus miembros, las personas jurídico-públicas institucionales se constituyen en función del principio fundacional y de carácter no asociativo.

En igual sentido, y ya refiriéndose a las Entidades locales, García de Enterría señala que éstas son "las Corporaciones territoriales genuinas"⁸¹, al definir las como aquél "grupo de personas organizadas en el interés de todas ellas y con la participación de las mismas en su administración"; teniendo pues las personas que las integran la cualidad formal de miembros y, por ello, la titularidad de los intereses comunes de esta colectividad, que son así comunes y no particulares de los mismos, e intentan ser realizados por medio de sus órganos en los que

⁸⁰.- JIMENEZ CISNEROS, F.J., DE., *Los organismos autónomos en el Derecho español: Tipología y régimen jurídico*, I.N.A.P., Madrid, 1.987, pág. 45 y sgs., con especial referencia sobre las características de las Corporaciones en las páginas 68 y sgs.

⁸¹.- GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T.R., *Curso de Derecho...*, cit., pág. 375.

participan, bien directamente bien por medio de sus representantes, dado que, en suma, el poder de éstas surge desde la base que constituyen sus miembros⁸².

La nota fundamental de esta definición se sustenta en la existencia de un conjunto de personas que les integran, sus miembros, que determinan tanto sus intereses cómo la voluntad de la asociación **legal y forzosa** que constituyen⁸³.

Esto es, dentro de la tipología de las entidades que ejercen poderes públicos existentes en nuestro ordenamiento, las **corporativas** serán aquellas en las cuales los "administrados" son también "administradores," en su cualidad de miembros; por contra, la Administración del Estado no ostenta esta condición de personificación pública, dado que ésta se asienta sobre "el principio institucional-burocrático, y no sobre el principio corporativo-representativo"⁸⁴; por lo que, los órganos de la Administración del Estado actúan sometidos "**a estricta dependencia jerárquica**" y no vinculados a la voluntad de los ciudadanos del territorio nacional.

⁸².- GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ. T.R., *cit.*, pág. 376.

⁸³.- En este sentido MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., *Los Consorcios en el Derecho español (Análisis de su naturaleza jurídica)*, IEAL, Madrid, 1.974, pág. 279, señala que las Entidades locales serán "asociaciones de carácter forzoso y coactivo y, por tanto, constituídas por el poder público (...), con fines de interés público y dotadas de un régimen jurídico exorbitante, de prerrogativa, muy semejante al que se reconoce a la misma Administración del Estado".

⁸⁴.- GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., *Curso de ...*, *cit.*, pág. 376.

B) EVOLUCION HISTORICA DE LA PERSONIFICACION JURIDICA
DE LAS ENTIDADES LOCALES EN NUESTRO DERECHO.

Para poder conocer con mayor detalle la naturaleza jurídica de las Entidades locales nos vemos obligados a realizar un estudio de su evolución histórica en nuestro Derecho.

Por ello nos detenemos con alguna extensión en un campo aún no estudiado en detalle por nuestra doctrina: la génesis de la personificación jurídica de las Entidades locales en nuestro Derecho.

12.- La situación en el Derecho Medieval y en el Antiguo Régimen.

Recoge Nieto⁸⁵ cómo con el paso del tiempo las simples agrupaciones de vecinos de la Alta Edad Media cobraron una especial importancia política para el Monarca, a la vez que dentro de éstas se iba consolidando el germen de la creación de una "comunidad de vecinos" organizada como unidad. Así las cosas, los "juristas regios, educados en el sistema del derecho romano, empezaron a manejar un concepto inédito para la municipalidad moderna: la **universitas**, la persona moral⁸⁶".

De esta forma el municipio, considerado como universitas, es un ente con personalidad y separado de los vecinos que asume la titularidad de los bienes; por otra

⁸⁵.- NIETO, A., *Bienes comunales*, cit., pág. 189 y sgs.

⁸⁶.- NIETO, A., cit., pág. 192; recogiendo este autor la glosa de GREGORIO LOPEZ de la Partida II, título X, 1.1 que llamando al pueblo: "ayuntamiento de todos los omes comunalmente", es glosada cómo: "populus proprie non sunt homines sed hominum collectio in unum corpus mysticum, et abstracte sumptum, cuius signifiactio est inventa per intellectum, et sic etiam dicebat Baldus".

Recepción del Derecho romano a través de la elaboración por los canonistas de la teoría de la "persona ficta" que también ha puesto de manifiesto en nuestro Derecho DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona...*, cit., pág. 262. En un sentido similar también se expresa COLOM PIAZUELO, E., "Influencia de la configuración de la personalidad jurídica del municipio en la determinación de la titularidad del patrimonio local", *R.A.P.*, n° 137, mayo-agosto 1.995, pág. 99, cuando señala que con independencia del origen del municipio este "se articula de conformidad con el Derecho romano".

parte, y en cuanto persona ficticia⁸⁷ que es necesita un representante para poder actuar⁸⁸. Al mismo tiempo esta configuración jurídica supone una importante modificación en el régimen jurídico de los bienes: transformación en bienes privativos del municipio de bienes que antes eran de la comunidad de los vecinos, y transformación de la titularidad del resto de bienes, bienes comunales, que ahora pasa a ser compartida entre el municipio y los vecinos⁸⁹. Modificación de este régimen jurídico que era muy saludable para las arcas reales puesto que ello permitiría una "subsistencia autónoma" del municipio para el cumplimiento de las necesidades básicas de sus vecinos sin necesidad de aportación de ninguna clase por el monarca⁹⁰, a la vez que posibilitaba obtener una alta rentabilidad cuando se produjese la venta de la ciudad a los señores.

Pero no podemos olvidar que en ningún momento se admite o determina una clasificación de las distintas colectividades a las que se otorga la cualidad de persona

⁸⁷.- Tal y como se elabora la construcción de los canonistas de considerar a las ciudades como una persona ficta, se finge que la ciudad y la colectividad es una persona, según señala DE CASTRO Y BRAVO. F., cit., pág. 262.

⁸⁸.- En este sentido DE DOU Y BASSOLS, R.L., *Instituciones del Derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*, vol. I, reimpr., ed. Banchs, Barcelona, 1.975, pág. 215, señala que la situación del Ayuntamiento como representante del municipio es consecuencia de la propia teoría de la personalidad jurídica basada en el Derecho romano.

⁸⁹.- NIETO, A., cit., pág. 208.

⁹⁰.- De esta forma COSTA, J., *Colectivismo agrario en España*, tomo II, Guara editorial, Madrid, 1.983, pág. 69, evidencia la pretensión real de que los servicios prestados por el municipio a los vecinos se costearan con los rendimientos obtenidos de estos bienes, llegándose a considerar "como el ingreso natural por excelencia, no teniendo los demás (arbitrios, impuestos, recargos, repartimientos vecinales etcétera) otro carácter que el de supletorios".

distinta de sus miembros individuales -universitas-. Como ha señalado Maluquer de Motes, en la legislación española la terminología utilizada "como sinónimo de agrupación, entidad distinta de los individuos, debidamente formada, con capacidad de obrar suficiente y que le permite ser titular de derechos y obligaciones", es la de "**corpus**"⁹¹.

⁹¹.- MALUQUER DE MOTES, C., *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XIX, voz "Persona Jurídica", Seix, Barcelona, pág. 627.

2º.- La situación en el nuevo orden constitucional.

- a) Ausencia de toda configuración dogmático-jurídica en el período constitucional gaditano.

La Constitución de 1.812 establece una concepción "legal" de los Ayuntamientos, lejos pues de cualquier consideración de orden **natural** como predicaba Posada⁹², y por lo tanto **subordinada** a las funciones e intereses generales propios del Estado, titular de la soberanía.

Pero, por el contrario, no se otorga ninguna definición de municipio o provincia⁹³, sino que únicamente en los trabajos previos a la redacción del texto constitucional se refiere a los Ayuntamientos como aquellas **Corporaciones "instituidas para el gobierno económico de sus tierras, estaban fundadas en el justo principio del interés de la comunidad"**⁹⁴, e igualmente las Diputaciones

⁹².- POSADA, A., *Evolución legislativa ...*, cit., pág. 62.

⁹³.- COLOM PIAZUELO, E., (en "Influencia de la configuración de ...", cit., pág. 103), pretende justificar esta opinión al considerar que en el período constitucional gaditano se produce la integración de las Entidades locales en la Administración del Estado "desapareciendo toda autonomía", para lo cual ilustra tales afirmaciones con el discurso del Conde de Toreno tantas veces referido en este trabajo.

⁹⁴.- ARGUELLES, A., *Discurso preliminar...*, cit., pág. 115., y también citado por POSADA, A., *Evolución legislativa...*, cit. pág. 62.

existen dado que "el régimen económico de las provincias debe quedar confiado á cuerpos que estén inmediatamente interesados en la mejora y adelantamiento de los pueblos de su distrito"⁹⁵.

De esta forma el término "corporación" fue empleado por los constituyentes gaditanos para referirse a los Ayuntamientos y Diputaciones, pero no para los municipios y provincias; terminología que se utiliza, como continuación de una tradición histórica, las colectividades de personas son denominadas "cuerpos"⁹⁶, como sinónimo de agrupación u órgano distinto de los individuos que le componen y dotado de capacidad jurídica.

Y es que, como señalan Morell Ocaña y López-Font Marqués, durante la primera mitad del siglo XIX "el tema de la personificación no se ha planteado en el entorno de las entidades locales. La colectividad en cuanto tal es el

⁹⁵.- ARGÜELLES DE, A., *Discurso preliminar a la ...*, cit., pág. 117.

⁹⁶.- Y es que en el Proyecto de Código Civil de 1.821 no se llega a realizar ninguna regulación de las personas jurídicas, por considerar que ello correspondería a la "Comisión redactora llamada administrativa", MALUQUER DE MOTES, C., cit., pág. 628.

En este sentido existe una referencia, aunque algo indirecta, en el artículo 273 del citado Proyecto:

"Toda persona o **cuerpo** que ejerza autoridad en algún ramo de la administración pública y gobierno del Estado en nombre de la ley debe ser obedecida cuando manda dentro de la esfera de sus atribuciones. Puede a dicho fin emplear los medios coactivos que le haya concedido especialmente la ley, y siempre reclamar el auxilio de la persona en quien reside la autoridad gubernativa superior o local",

tomado de la obra de LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación española. Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.979, pág. 50.

punto de referencia de toda la problemática jurídica, y la colectividad no está personificada⁹⁷".

⁹⁷. - MORELL OCAÑA, L., y LOPEZ-FONT MARQUEZ, J.F., "Las Juntas Municipales en el Régimen local del siglo XIX", cit., pág. 2.205.

b) La personificación de los Municipios y Provincias versus la personificación jurídica de los Ayuntamientos y Diputaciones.-

La situación de la personificación de los municipios con la legislación local de 1.845 parece volver a la configuración anterior al período constitucional⁹⁸: los municipios son considerados como "universitas" o personas morales con determinadas competencias públicas de carácter administrativo -"Gobierno interior de los pueblos"-, y representados por órganos -Ayuntamientos y Alcalde-. Fuera de estas competencias públicas de orden administrativo, los municipios actúan integrados en la Administración del Estado y sin personalidad jurídica⁹⁹.

No obstante, y con posterioridad, la denominación tradicional de "corpus" se vuelve a utilizar respecto de los Ayuntamientos, Proyecto de Código Civil de Cambronero, artículo 1º, título XI, en el que se identifican las expresiones "*personas morales*"="*cuerpos*"="*corporaciones*",

⁹⁸.- COLOM PIAZUELO, E., "Influencia de la configuración ...", cit., pág. 112, sostiene la tesis de la vuelta a la consideración de los municipios como *universitas*, ya desde la Ley municipal de 1.845, tal y como había establecido en el Antiguo Régimen.

⁹⁹.- De esta forma no puede sorprendernos que en las Decisiones de fechas 7 de abril de 1.865 y 18 de julio de 1.866 se señale cómo en determinadas materias de contratos de bienes de propios "proceden las Corporaciones municipales como personas jurídicas y no como entidades administrativas", citado por COLOM PIAZUELO, E., cit., pág. 120.

con la importante novedad de dotar expresamente de **personalidad**, no a las Entidades locales: municipios y provincias, sino a sus órganos de administración: Ayuntamientos y Diputaciones¹⁰⁰, tal y como se puso de relieve en las regulaciones normativas sobre las Entidades locales habidas a partir de 1.856.

Así, en la Ley municipal de 1.856, aún no teniendo vigencia práctica, se define a los Ayuntamientos, artículo 124, cómo:

"corporaciones económico-administrativas, y no pueden ejercer otras funciones ni actos políticos, que los que las leyes expresamente les señalen";

lo que también se establece respecto de las Diputaciones; así la Ley sobre gobierno y administración de las provincias de 1.863 establecía en su artículo 20 que:

"Las Diputaciones son corporaciones económico-administrativas, y como tal tendrán las atribuciones y ejercerán las funciones que las señala le presente ley".

¹⁰⁰.- Así lo aceptan expresamente MORELL OCAÑA, L., y LOPEZ-FONT MARQUEZ, J.F., *cit.*, pág. 2.205, cuando establecen que "A partir de 1.856-63 se abre una segunda etapa en la que las colectividades locales aparecen como una personificación que es la correspondiente al Ayuntamiento y la Diputación".

No siendo sino hasta la elaboración del Proyecto de Ley municipal de 1.870 cuando, y en una enmienda presentada por el diputado Sr. Benot, se define al municipio como "*la asociación legal de todas las personas que residen en el término municipal. Su representación legal es el Ayuntamiento*", planteamiento que tuvo acogida en el texto legal de la Ley municipal de 20 de agosto de 1.870, y que se repite en la Ley municipal de 1.877, cuyo artículo 1º establecía que:

"Es municipio la asociación legal de todas las personas que residen en un término municipal",

sin que semejante definición se efectúe para las Provincias que siguen siendo consideradas como una división del "*territorio de la Nación española (...), para su administración y régimen*", artículo 1º de la Ley provincial de igual fecha; aunque se siguiese calificando a los Ayuntamientos cómo "*corporaciones económico-administrativas*", artículo 48.

Esta regulación normativa coincide, como consecuencia de la ideología revolucionaria liberal que se encontraba en el poder, con el texto del Proyecto de Código Civil de 1.869 que declara expresamente que tanto el Estado, como las provincias, el municipio y demás corporaciones y

establecimientos públicos eran personas jurídicas¹⁰¹.

Y es interesante que pongamos en evidencia el influjo que estas ideas tuvieron en nuestro Derecho, a partir de las enseñanzas de las obras, que como Sanz del Río¹⁰² en relación con la libertad individual y la autonomía de voluntad de las personas, tuvieron una notable influencia en la Revolución de 1.868. Lo que supuso, sin duda, un influjo de la teoría de la personificación para las entidades públicas, derivada no de la obra de Savigny, sino de la concepción de Gierke¹⁰³.

Resulta así explicable la dicción, tanto del Proyecto de Código Civil de 1.869¹⁰⁴, como de las leyes municipales de 1.870 y 1.877.

¹⁰¹.- El artículo 17, establecía que "No obstante lo declarado en el artículo anterior, la Ley reconoce como persona jurídica, y por consiguiente con capacidad civil, al Estado, a la provincia, al municipio, y demás corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por el poder público y autorizadas convenientemente"; señalando la Exposición de Motivos que acompaña al Proyecto que sería preciso "clasificar a las personas, atendida su propia naturaleza", LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la Codificación ...*, cit., pág. 500.

¹⁰².- Y que en esta materia podemos observar claramente en la obra de GINER DE LOS RIOS. F., "Teoría de la persona social ...", cit., págs. 5 a 31 y 144 a 164, obra en la que se evidencia una lectura directa de los textos de GIERKE que el autor agradece a HINOJOSA ("el conocimiento de (...) los libros de Gierke"), pág. 30, vid. nota n° 2.

¹⁰³.- Recordemos que este autor partía de una concepción real de las personas jurídicas a las que consideraba formada por seres humanos reunidos y organizados para la consecución de fines que transpasan la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y de acción. De esta forma, así como la persona física actúa mediante órganos corporales, la persona colectiva ha de manifestar y llevar a cabo su actuación mediante "órganos" adecuados, órganos que no serían sino el Ayuntamiento y el Alcalde.

¹⁰⁴.- No obstante el texto definitivo del Código Civil de 1.888, artículo 35, sólo se refiere a la existencia de tres tipos de personas jurídicas, "las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por las leyes".

La definición del municipio se repite en los Proyectos de leyes municipales de 1.901, 1.903 y 1.904 en los que expresamente se establece que "*El Municipio es, además de una entidad administrativa*¹⁰⁵, *una personalidad jurídica, con la capacidad que a las Corporaciones de interés público atribuyen los artículos 35 y 37 del Código Civil*" (artículo 2º).

Aunque en el Proyecto de Ley municipal de 1.906, Base tercera, no se determina la tipología de la personalidad jurídica y ésta se otorga no a los municipios sino a los Ayuntamientos, para dotarlos así de **capacidad jurídica** de actuación¹⁰⁶. En igual sentido el Proyecto de Ley Municipal de 1.907 configura los Ayuntamientos con la **capacidad jurídica** necesaria para realizar las funciones contenidas en el artículo 38 del Código Civil; regulación legal que fue mantenida por el Proyecto de ley municipal de 1.912 al otorgar al Ayuntamiento esta capacidad para "realizar los fines de vida vecinal, administrar el patrimonio de áquel y gestionar sus intereses"¹⁰⁷.

Tal y como hemos estudiado con anterioridad, el nuevo

¹⁰⁵.- Resulta ciertamente expresiva esta referencia pues parece pretender poner de relieve que el municipio sólo será entendido como Corporación de Derecho público en cuanto no sea **entidad administrativa**, y actúe para la realización de funciones privativas de la generalidad de sus vecinos.

¹⁰⁶.- Así la Base tercera de este Proyecto señalaba como la personalidad jurídica de los Ayuntamientos sería para "**todos los efectos del artículo 38 del Código Civil**", esto es, contraer obligaciones, adquirir y poseer bienes, ejercitar acciones judiciales.

¹⁰⁷.- COSCULLUELA MONTANER. L., y ORDUÑA REBOLLO, E., *cit.*, pág. 753.

impulso político que se pretendió dar a la vida española en la Dictadura de Primo de Rivera pareció quererle servir de las Entidades locales como instrumento necesario para conformar tanto un nuevo Estado, como nuevas relaciones entre éste y la sociedad. Para ello intentó sacar de su anquilosamiento a las Entidades locales dotándolas de un "status" jurídico propio, por medio de formulaciones jurídicas autonomistas. De esta manera se potencia realmente a los municipios que son considerados **entidades territoriales político-administrativas**, mientras que las provincias serían **entidades territoriales intermedias de carácter administrativo**¹⁰⁸, y con la finalidad básica de cumplir aquellos intereses locales que **por su extensión, entidad y coste** no pudieran ser cumplidos por los municipios¹⁰⁹.

Tanto el Estatuto municipal como el provincial determinan la naturaleza jurídica de los municipios y provincias, y ello al considerar a los municipios como "*asociaciones naturales reconocidas por la ley*"¹¹⁰, y a éstas con carácter estrictamente legal¹¹¹, sin realizar

¹⁰⁸.- Así se expresa en la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley de 20 de marzo de 1.925 que aprueba el Estatuto Provincial, recogido por COSCULLUELA MONTANER. L. ..., cit., pág. 467, y es tan rotunda esta diferenciación de cualidades y funciones cuando en esta misma Exposición de Motivos se señala que "Es lógico, pues, que el Municipio, órgano político, pueda determinar la contextura de la provincia, **circunscripción administrativa**; y así en este Estatuto se define a la provincia como aquella entidad territorial-administrativa diseñada para el cumplimiento de "los fines del Estado, y en su caso de los de carácter local que no sean municipales", artículo 1°.

¹⁰⁹.- De la Exposición de Motivos del Estatuto Provincial, recogido por COSCULLUELA MONTANER. L. cit., pág. 469.

¹¹⁰.- Artículo 1° del Estatuto municipal de 1.924.

¹¹¹.-Es por ello que el Estatuto provincial, artículo 2°, permitiese la posibilidad "*de rectificar la división territorial provincial vigente*".

ninguna otra precisión sobre su tipología. Y ello pese al indudable carácter "corporativo" de la ideología que subyace a este movimiento reformador que pretendía establecer una distribución del poder en el nuevo Estado, siendo las "entidades territoriales intermedias entre el mismo Estado **-todo y cumbre-** y los Municipios **-célula y base-**"¹¹².

La siguiente actuación normativa en materia local nos remite al período de la II República con la promulgación de la Ley de Bases municipal, de fecha 10 de julio de 1.935, que no llegó a ser aplicada realmente dados los acontecimientos históricos acaecidos en nuestro país con la derrota del régimen republicano.

En esta ley de Bases se establece la tipología asociativa de los municipios, al definirlos como:

"Asociación natural de carácter público de personas y bienes, constituido por necesarias relaciones de vecindad y domicilio, dentro de un territorio determinado",

con lo que se les otorgaba plena capacidad jurídica de obrar, constituyendo los Ayuntamientos el órgano de dirección, gobierno y administración de los intereses del

¹¹².- Exposición de Motivos del Estatuto Provincial, recogido por COSCULLUELA MONTANER, L., cit., pág. 467.

Municipio órgano del que se predica su tipología de "Corporaciones de Derecho Público", Base quinta.

Esta situación de personificación de las Entidades locales como Asociaciones, y de los Ayuntamientos como Corporaciones Públicas, no se ve sustancialmente modificada en la regulación de la etapa posterior del régimen local; así en el Proyecto del Código de Gobierno y Administración Local de 1.941 se define al Municipio y al Ayuntamiento como Corporaciones de Derecho Público.

De esta forma se establece que el municipio es una,

"Corporación de derecho público para la realización de los fines que trasciendan inmediatamente a la vida familiar",

calificando igualmente los Ayuntamientos que les gobiernan como Corporaciones de derecho público¹¹³, dándose así la paradoja de que una Corporación de Derecho público sea "representada y gobernada" por otra Corporación de Derecho

¹¹³.- El artículo 76 de este Proyecto expresaba que: "El Ayuntamiento es una Corporación de Derecho público que, con el Alcalde, ostenta la representación legal del Municipio y asume el gobierno y administración de los inetereses municipales que taxativamente le encomienda este Código". Señalando el artículo 10, párrafo segundo, que: "El Municipio es una Corporación de Derecho público para la realización de los fines que trascienden inmediatamente de la vida familiar. Desarrollará su vida de conformidad con las leyes y con los fines del Estado, colaborando con él a la realización de su destino unitarios".

público, en una peculiar construcción jurídica¹¹⁴, seguramente derivada de la imbricación de dos palabras con sentido y significado distinto: "corpus", como tradición histórica de conjunto de personas, y "corporación", como asociación en un sentido jurídico preciso y determinado.

Disfunción esta que no es solucionada por la Ley de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1.945, en la que se configura a los Ayuntamientos y Diputaciones como "*Corporaciones públicas de fines económico-administrativos*", Base primera; otorgándole, a la vez, capacidad jurídica a los Municipios para la actuación en el cumplimiento de sus intereses peculiares. Previsión normativa que, como no podía ser de otra forma, queda plasmada en el artículo 5 del Texto articulado y refundido de las Leyes de Bases del Régimen Local de 1.955 al establecer que "*Los Ayuntamientos y Diputaciones son Corporaciones*"¹¹⁵.

Esta situación se vuelve a repetir en el proyecto de Ley de Bases de Régimen Local de 17 de Diciembre de 1.971

¹¹⁴. - Y que COLOM PIAZUELO, E., "Influencia de la ...", cit., pág. 141, y para la dicción del artículo 1º del Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, apunta la explicación de "que es posible que se fundamente en las diversas formas de concebir el Ayuntamiento: como un órgano o la organización de una Entidad pública; o como un representante de la persona jurídica". Esto es, a la diferente conceptualización de la personificación real o ficticia que hemos visto se ha establecido en el Derecho alemán por Gierke o en el Derecho Romano.

¹¹⁵. - Y que MARTINEZ-LOPEZ MUÑIZ, J.L., explica como si en los redactores de esta Ley "hubiere pesado la vieja teoría de la representación aplicada en su día para la explicación de los fenómenos de imitación al ente de las consecuencias jurídicas de lo actuado por la persona a su servicio", en *Los Consorcios en el Derecho español (Análisis de su naturaleza jurídica)*, IEAL, Madrid, 1.977, pág. 277.

al otorgar la calificación de "Corporaciones locales" a los órganos de gobierno y administración de los municipios y provincias, reservando a éstas la denominación de "Entidades locales", Base primera, apartados 2º y 3º.

En el Proyecto de Ley de Bases de 28 de mayo de 1.974 se estableció que, pese al reconocimiento de los municipios como entidades naturales, tanto estos como las provincias serían entidades **corporativas con pluralidad de fines**¹¹⁶, calificación que también se identifica con la de sus órganos de gobierno, Ayuntamiento y Diputación, de las que también se predica su carácter "**corporativo**", Bases 4ª y 13ª.

Y es en este mismo sentido como se expresa la Ley de Bases de 19 de noviembre de 1.975¹¹⁷, con la salvedad de introducir, base 1ª, la denominación de "Administración local" para referirse al conjunto de **municipios y provincias que la constituyen**, y contraponerla de esta manera con la expresión "Administración del Estado".

El siguiente hito histórico-legislativo es la Constitución española de 1.978, y la regulación que en los artículos 137, 140 y 141 hace de las Entidades locales, y que ha servido de estímulo y acicate para efectuar esta

¹¹⁶.- Base primera, apartado 4º, del citado Proyecto, recogido por COSCULLUELA MONTANER. L., ..., cit., pág. 810.

¹¹⁷.- Tal es el punto de identificación de ambos textos legales, que la Exposición de motivos que acompañaba al Proyecto de la Ley de Bases de 1.974, se reproduce en su integridad como Exposición de motivos de esta ley.

travesía histórica, salpicada de contradicciones en la configuración dogmático-jurídica de las Entidades locales.

Al análisis de estos preceptos constitucionales dedicamos la Sección Segunda de este Capítulo, por lo que nos remitimos a lo que allí se expone.

3º.- A modo de Conclusiones, aún provisionales.

La explicación pues que se pretende formular, con todas las reservas que la interpretación de un fenómeno histórico obliga, es variada:

A) El término **corporación** ha hecho referencia, en la histórica de nuestra legislación local, hasta el año 1.870 cuanto menos, a una derivación etimológica del vocablo **cuerpo**¹¹⁸, y como referencia al concepto de "corpus" elaborado en el Derecho romano y luego recepcionado por la obra de los glosadores. Y todo ello como agrupación u órgano colegido o plural con capacidad de obrar y distinta de sus miembros, pero sin hacer una expresa opción por alguna clase de persona jurídica, dentro de la tipología formulada por la pandectística alemana.

Este significado es el histórico y derivado de la Edad Media¹¹⁹, y también fue utilizado por los

¹¹⁸. - Que tiene su origen próximo en el latín en la voz "corpus", cuyo significado en nuestra lengua puede ser definido como "cuerpo o reunión de individuos, comunidad, gremio, pueblo, asamblea", *Diccionario Latino-Español*, vol. I, 5ª ed., Ramón Sopena, Barcelona, 1.967.

¹¹⁹. - Como señala MALUQUER DE MOTES, C., "Persona Jurídica", *cit.*, pág. 627, ya en la Novísima Recopilación, Ley XVI, Título V, se utilizaba el término "cuerpo" para referirse a una agrupación como "entidad distinta de los individuos, con capacidad de obrar suficiente y que le permite ser titular de derechos y obligaciones".

constituyentes de 1.812, tal y como así se señaló, expresamente, en el Discurso Preliminar de esta Constitución: "*el régimen económico de las provincias debe quedar confiado á cuerpos que estén inmediatamente interesados en la mejora y adelantamiento de los pueblos de su distrito*"¹²⁰.

Y es que el concepto etimológico del "Ayuntamiento"¹²¹ ya nos da un primer elemento de reflexión.

En definitiva, como el Ayuntamiento era el **cuerpo** de gobierno de los "pueblos", otro **cuerpo** debiera ser el que realizase el gobierno de las provincias; de esta interpretación, estrictamente histórica y etimológica, puede afirmarse que no se realizó por el Constituyente de 1.812, o por los distintos legisladores que le sucedieron hasta 1.870, una elección sobre la tipología de la personalidad jurídica de las Entidades locales: ni tampoco sobre los Ayuntamientos o Diputaciones.

Además, y en favor de esta interpretación, puede señalarse que el problema de la configuración jurídica de

¹²⁰.- ARGÜELLES, A., *Discurso Preliminar ...*, cit., pág. 119.

¹²¹.- El Diccionario de la Real Academia establece como significado de la voz "Ayuntamiento", además de la de considerarlo como la Corporación que reúne al alcalde y a los concejales, el de: "Junta, reunión de personas", 19ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1.990. Por lo que, en definitiva, el Ayuntamiento no es sino la reunión o "cuerpo" de las personas que representan a una colectividad, según la definición que este mismo diccionario hace del vocablo "cuerpo", como "agregado de personas que forman un pueblo, república, comunidad o asociación".

los municipios y provincias, pese a que Posada señale que ya estaba presente en la Constitución de 1.812¹²², no parece ser objeto de una definición normativa sino a partir de la Ley municipal de 1.870, cuando expresamente se califica al municipio como una **asociación legal**¹²³.

A partir de esta Ley de 1.870 las Entidades locales son objeto de personificación jurídica y dentro de la categoría de "asociaciones legales" (Leyes municipales de 1.870 y 1.877, Estatutos de Calvo Sotelo y Ley republicana de 1.935), habiéndose utilizado la tipología, más concreta, de las Corporaciones de Derecho Público en los diversos Proyectos de Ley municipal de 1.901, 1.903, 1.904 y 1.941.

Y sólo a partir de esa ley de 1.870 se puede señalar la asunción en nuestro Derecho, y a nivel normativo, de la teoría de la **personalidad real** de Gierke, base y fundamento de la tipología de personificación de las Corporaciones de Derecho Público.

B) Por tanto, junto a esta cuestión histórica, se apunta la existencia de un problema íntimamente vinculado al anterior, la **personificación jurídica como cuestión ideológica**.

¹²².- POSADA, A., *Evolución ...*, pág. 107.

¹²³.- Y es que por ejemplo en la obra de ESCRICHE, J., *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, 3ª ed., Madrid, 1.847, no se otorga ninguna definición a los términos "municipio" ó "provincia", mientras que a los vocablos "Ayuntamiento" y "Diputaciones" los considera como **cuerpos**.

Al contar las Entidades locales con una variada relación de derechos y obligaciones, fundamentalmente de naturaleza patrimonial, se percibió la necesidad por el legislador de dotarles de una personalidad jurídica; personalidad que se obtuvo por elección dentro del abanico de posibilidades contenido en el Derecho privado; de ahí que los Proyectos de Leyes Municipales de 1.901 y 1.903¹²⁴ se refiriesen al artículo 35 del Código Civil, y entre la tipología de personificaciones señaladas en el mismo, se eligiese la más "próxima", "*las Corporaciones de interés público*".

Ello suponía exaltar la posición del individuo, pues sólo éste tiene derechos por su propia condición natural, mientras el resto de entidades lo sería en función del reconocimiento y concreción de la Ley.

De este modo resulta seleccionada una tipología elaborada primero exclusivamente para el Derecho privado en Alemania por Savigny y, posteriormente, utilizado en aquel Derecho por Gierke para fortalecer la posición del Estado frente al resto de poderes públicos¹²⁵, al igual que potenciar los derechos de los ciudadanos incluidos en tales

¹²⁴.- Proyecto de Ley y Bases para la reforma de la Administración Local, presentado a las Cortes por MAURA MONTANER, A. el día 26 de Mayo de 1.903.

¹²⁵.- Como señala CASTRO, F. DE, *cit.*, pág. 262 y sgs.

Corporaciones¹²⁶.

C) Además también se puede señalar otra conclusión en este acercamiento histórico del Régimen local que hemos efectuado, período histórico que no puede caracterizarse sino por la **confusión normativa** en torno a la naturaleza jurídica de estas entidades y sus órganos de gobierno, y que aún parece perdurar en nuestra legislación vigente¹²⁷: personalidad real versus personalidad ficticia de las Entidades locales¹²⁸.

Así, la Ley Reguladora de las Bases del Régimen local,

¹²⁶.- Pues como señala ARIÑO ORTIZ, G., "La Administración institucional: origen ...", cit., pág. 96, "se operaba así, también a través de esta consideración una limitación jurídica de la omnipotencia del Estado".

¹²⁷.- Y que ya ha sido resaltada por GALLEGO ANABITARTE, A., "Organos constitucionales, órganos estatales y Derecho administrativo", *Administración institucional*, vol. II, cit., pág. 907, al considerar un "absurdo jurídico doctrinal" la dicción del artículo 35.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades locales que considera al Ayuntamiento como "el órgano de gobierno y administración del municipio con carácter de Corporación de Derecho Público", por cuanto sólo el municipio es persona jurídica, y el Ayuntamiento no es sino un órgano de éste; igualmente COLOM PIAZUELO, E., "Influencia ...", cit., pág. 141. De esta forma mientras el artículo 19 y sgs. de la Ley de Régimen Local de 1.985 establece al Ayuntamiento como el órgano de gobierno y administración del municipio, el artículo 1 del Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local, de fecha 18 de abril de 1.986, señala que el Ayuntamiento es el representante de los municipios, y las Diputaciones de las provincias por lo que "tendrán plena capacidad jurídica para adquirir, poseer, reivindicar"; de igual forma el artículo 3 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen jurídico de las Entidades locales vuelve a insistir en que los "Ayuntamientos, en representación de los Municipios" a la vez que en su artículo 2, apartado 1º, precisamente había señalado que: "El gobierno y la administración municipal (...), corresponde al Ayuntamiento, integrado por Alcaldes y concejales".

¹²⁸.- En estas previsiones normativas, citadas en la nota anterior, puede verse representada la dualidad de concepciones sobre la personalidad jurídica **real**, en la que el Ayuntamiento es órgano del municipio, y **ficticia**, en la que actúa como representante de aquél, tal y como señala COLOM PIAZUELO, E., cit., pág. 141.

de fecha 2 de abril de 1.985, se "empecina" en la utilización indiscriminada del término **corporativo** tanto para las personificaciones públicas, municipios y provincias, como para sus órganos de gobierno, Ayuntamientos y Diputaciones¹²⁹. Situación que resulta especialmente significativa en cuanto en esta Ley se produce una **curiosa**¹³⁰ definición legal de los municipios, artículo 1:

"son entidades básicas de la organización territorial del Estado y cauces inmediatos de participación ciudadana en los asuntos públicos",

y de las provincias, como Entidades locales determinadas por la agrupación de municipios; compuestos ambos por **territorio, población y organización.**

¹²⁹.- Aunque la utilización del término "corporativo" se realiza con una mayor frecuencia referido al Ayuntamiento ó la Diputación. Así en los 78 primeros artículos de la citada Ley se puede establecer cómo en cinco ocasiones la referencia corporativa parece efectuarse del municipio o de la provincia -arts. 26, apartado. 3º, 34 g), 47, apartado. 3º, 61 y 72-. Igual confusión se produce en el abanico de normas reglamentarias que desarrollan o completan esta Ley.

¹³⁰.- Y es "curiosa", por no emplear los términos de imprecisa y redundante, pues de la interpretación de los artículos 1 y 3 de la citada Ley se evidencia como el objeto definido forma parte de la definición: "*Los Municipios son entidades básicas*", art. 1; y son "*entidades locales territoriales: a) El municipio*", art. 3; ó lo que es igual: La entidad local territorial, Municipio, es una entidad básica; por lo único que nos queda claro es que el Municipio es una "entidad".

Ya en los trámites parlamentarios se ofrecieron abundantes propuestas de la oposición para modificar el contenido de esta definición. Así, *Trabajos parlamentarios de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Cortes Generales, Madrid, 1.992, pág. 111 y sgs., como enmiendas a este artículo se presentaron en el Congreso la n° 128 del Sr. RODRIGUEZ SAHAGUN, A., que proponía la eliminación de la definición de municipio, pues "no deben definirse las instituciones, porque cada opción política y autor tiene la suya"; la n° 406, del Grupo Popular, que proponía también la eliminación de la definición y su sustitución por un listado de las Entidades locales; y la n° 581, Grupo Mixto, Sr. PEREZ ROYO, que también pretendía eliminar la definición sustituyendo la palabra "son", por la de "como instituciones". Ninguna de ellas fue aceptada, ni tampoco las propuestas en el Senado, quedando el texto tal y como fue presentado por el Gobierno.

IV.- INTENTO DE FORMULACION CONCEPTUAL DE LAS ENTIDADES LOCALES.

Se quiere partir de una premisa jurídica inexcusable, una categoría jurídica debe ser utilizada en cuanto aporte "algo", en cuanto pueda ser elemento de explicación jurídica de una realidad que subyace y en cuya vocación de comprensión exista; si ello no se cumple así, será su utilización un juego intelectual, más o menos complicado, pero devendrá inútil, y, lo que es peor, peligroso pues puede ser causa de tropiezos para despistados caminantes.

De esta forma partimos de una premisa doctrinal ya establecida y tradicionalmente aceptada en nuestro Derecho: la clasificación dogmática "Asociación-fundación"; clasificación que puede resultar válida en un loable intento de explicar la realidad jurídico-pública de acuerdo con pocas y precisas categorías jurídicas previamente establecidas.

A) POSICION DE LA DOCTRINA ADMINISTRATIVISTA ESPAÑOLA
 SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS ENTIDADES
 LOCALES.

Nuestra doctrina viene entendiendo que las Entidades locales son Corporaciones de Derecho Público¹³¹ por cuanto, y siguiendo en este punto a García de Enterría y Fernández Rodríguez¹³²:

a) Están formadas por un conjunto de personas que alcanzan así la condición de miembros, por lo que son titulares de los intereses que el grupo pretende conseguir; pertenencia a la asociación que no es voluntaria sino **forzosa**.

b) Son estos miembros quienes conforman la organización del grupo a través de un proceso representativo¹³³, determinan la voluntad de éste, asumen el

¹³¹.- Vid. nota 1ª de esta Sección.

¹³².- GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T. R., *Curso de ...*, cit., págs. 389 y 395, fundamentalmente; y no sólo señalan esta categoría jurídica para las Entidades locales, sino que además añaden que éstas "son genuinamente tales".

¹³³.- Llegando FORSTHOFF, E., *Traité de Droit ...*, cit., pág. 700, a elevar este elemento de la representatividad de los miembros a la condición de esencial para la existencia de las Corporaciones de Derecho Público, al establecer que las colectividades públicas serían Corporaciones públicas cuando "une collectivité peut être organisée de telle façon que **les choix des organes et les décisions les plus importantes incombent à ses membres**".

sostenimiento económico de la Corporación y gestionan sus propios asuntos -autoadministración-.

Por lo que al constituir estas Entidades locales el concepto de Administración local, y por tanto una especie del género común de las Administraciones públicas, la representación de los vecinos se "interioriza en el seno de la propia Administración personificada"¹³⁴, lo que las distingue de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas que no son Corporaciones públicas porque en el Estado y en las Comunidades Autónomas "la representación política de los ciudadanos no se localiza (...), en la Administración del Estado sino en el poder legislativo"¹³⁵.

De esta forma se ha llegado a señalar en nuestra doctrina respecto de las Entidades locales que "en todo caso, son Administraciones Públicas: a diferencia de lo que acontece con el Estado y con las Comunidades Autónomas que tienen Administración Pública; pero que agotan en éstas la totalidad de su aparato organizativo"¹³⁶.

¹³⁴.- GARCIA DE ENTERRIA, E., "El concepto de personalidad jurídica en el Derecho público", incluida en la obra colectiva *Administración institucional. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1.994, pág. 203.

¹³⁵.- GARCIA DE ENTERRIA, E., y FERNANDEZ, T.R., *cit.*, pág. 395. Llegando MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción ...*, *cit.*, pág. 63, a predicar esta tipología del Estado y de las Comunidades Autónomas.

¹³⁶.- ENTRENA CUESTA, R., *Curso de ...*, *cit.*, pág. 34.

B) REFLEXIONES SOBRE EL SIGNIFICADO DE ESTA
POSICION DOCTRINAL.-

Resulta necesario señalar que las Entidades locales tienen un **innegable sustrato asociativo**, con un carácter obligatorio que, aunque puede matizarse, no puede ser desconocido; y ello en el sentido de que nadie puede no habitar sobre un espacio geográfico que no esté encuadrado en ningún municipio (al menos en las zonas comúnmente pobladas), pero en cambio se puede transitar de un municipio a otro, e incluso **"votar con los pies"**¹³⁷, sin ninguna traba si es un movimiento **"interestatal"**¹³⁸; incrementándose, cada vez más, la existencia de organizaciones supranacionales que tienen éste como uno de sus principales objetivos¹³⁹

Por lo tanto el carácter de la "obligatoriedad" ha de entenderse en el sentido de que la vinculación de los

¹³⁷.- Expresión ésta referida por BOISIER, S., "¿Puede la descentralización ayudar a la equidad?", *Estudios Reginales* n° 32, 1.982, pág. 52, haciendo referencia a la posibilidad de las personas con afinidades de "residir en la misma localidad, lográndose así una mayor adaptación a los gustos individuales", por lo que: "votarían" con los pies!.

¹³⁸.- Siendo incluso un derecho reconocido en la Constitución el de la "libertad de circulación y establecimiento", art. 139, apartado 2°.

¹³⁹.- Situación jurídica que respecto a la Unión Europea ha llevado incluso a formular un derecho de participación político para los ciudadanos de otros Estados en las elecciones municipales, artículo 8B del Tratado de la Comunidad Europea.

ciudadanos al municipio es **obligatoria**¹⁴⁰ (pues todos hemos de habitar en un municipio), pero **voluntaria** (en el sentido de poder aquéllos modificarla a su deseo siguiendo un procedimiento realmente bien simple en nuestro Derecho¹⁴¹).

Por otra parte, y este es el núcleo esencial para determinar la naturaleza jurídica de las Entidades locales, esta vinculación asociativa es, para nuestra doctrina, el origen del conjunto de derechos y obligaciones de los que son titulares sus miembros de la corporación -vecinos-; derechos sobre los que nos vamos ahora a centrar.

¹⁴⁰.- De esta forma el artículo 15 de la Ley de Bases del Régimen Local, en su redacción dada por la Ley 4/96, de 10 de enero, a señalar que "toda persona está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente".

¹⁴¹.- Los artículos 53 y sgs. del Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades locales, en la redacción dada por el Real Decreto de fecha 20 de diciembre de 1.996, establecen que el procedimiento para obtener la condición de "vecino" se realiza solicitando el alta en el Padrón del municipio donde deja de residir, el cual lo remitirá al municipio de procedencia "donde se dará de bja en el padrón al vecino trasladado *sin más trámite*".

1º.- Los derechos y obligaciones de los miembros
de las Entidades Locales.

Nosotros proponemos, siguiendo el listado de los derechos y obligaciones contenido en el artículo 18, apartado 1º, de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 1.985, y en relación a la concepción tradicional de nuestra doctrina que los ubica como derechos de los miembros de una asociación¹⁴², una explicación en algún leve aspecto diferente¹⁴³.

¹⁴². - Y es que si las Entidades locales son Corporaciones de Derecho Público, sus miembros serían quienes organizaran el ente, "en el sentido de que es su voluntad la que va a integrar la voluntad propia del ente a través de un proceso representativo"; igualmente serían los miembros quienes sostuvieran económicamente a la Corporación, tal y como manifiesta GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ-RODRIGUEZ, T.R., *Curso ...*, cit., pág. 369. En un sentido similar PEMAN GAVIN, J., "La población local: la vecindad administrativa", en la obra colectiva *Tratado de Derecho Municipal*, dirigida por MUÑOZ MACHADO, S., Civitas, Madrid, 1.988, págs. 1.061 y sgs., llega a construir toda una teoría sobre la "vecindad administrativa" que, según este autor, "se establece entre el administrado y el Ente local" y que recoge un estatuto de derechos y deberes de aquél básicamente contenido en el artículo 18 de la citada Ley de 1.985, y es que en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones locales de 1.986, pese a contener un Título que se denomina "Estatuto del Vecino", no puede determinar otros derechos para éste que los ya establecidos en este artículo 18.

¹⁴³. - Y ello en un sentido en algún caso coincidente con el apuntado por el Sr. RODRIGUEZ SAHAGUN cuando en nombre de su Grupo Parlamentario formuló la enmienda nº 144 en la que solicitaba la supresión del artículo 17 del Proyecto de Ley de Bases de Régimen Local, actual artículo 18, al considerar que "los derechos de los vecinos que se recogen en este artículo son **derechos constitucionales que no es preciso reiterar**", recogido en *Trabajos Parlamentarios. Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, vol. I, Cortes Generales, Madrid 1.993, pág. 191.

El citado artículo literalmente establece¹⁴⁴:

"1.- Son derechos y deberes de los vecinos:

a) Ser elector y elegible de acuerdo con lo dispuesto en la legislación electoral.

b) Participar en la gestión municipal de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes y, en su caso, cuando la colaboración con carácter voluntario de los vecinos sea interesada por los órganos de gobierno y administración municipal.

c) Utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales, y acceder a los aprovechamientos comunales conforme a las normas aplicables.

d) Contribuir mediante las prestaciones económicas y personales legalmente previstas a la realización de las competencias municipales.

e) Ser informado previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal en relación con todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con el artículo 105 de la Constitución.

f) Pedir la consulta popular en los términos previstos por la Ley.

g) Exigir la prestación y, en su caso, el

¹⁴⁴. - La génesis parlamentaria del contenido de este precepto se encuentra en el Informe de la Ponencia de esta Ley que aceptando dos enmiendas, una del Grupo parlamentario de Minoría Catalana (nº 943) y otra del Grupo centrista (nº 296), reformaron el contenido del Proyecto de ley presentado por el Gobierno. Sin que en el Senado se introdujese ninguna modificación. Contenido normativo que es reiterado el artículo 61, apartado 1º, del R.D. 1.690/86, de 11 de julio, que aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades locales.

el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio.

h) Aquellos otros derechos y deberes establecidos en las Leyes".

- a) Respecto de los Derechos de sufragio activo y pasivo.

El derecho de sufragio activo se encuentra garantizado, respecto de los municipios, por la elección de los concejales por los vecinos, así el artículo 140 de nuestra Constitución dispone que:

"los concejales serán elegidos por los vecinos del Municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto en la forma establecida por la Ley",

mientras que no existe tal previsión constitucional respecto de las provincias, y ello por cuanto el artículo 141, apartado segundo, dispone que:

"El Gobierno y administración autónoma de las provincias estarán encomendados a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo",

lo que ha completado la legislación ordinaria residenciando el derecho de sufragio activo en los concejales, y no en los habitantes de la provincia.

En cualquier caso las reglas para ejercer este derecho de sufragio activo en las elecciones locales no son distintas de las contenidas para la realización de este derecho en el resto de elecciones políticas¹⁴⁵, con la salvedad de que los extranjeros, nacionales de Estados de la Unión Europea fundamentalmente, puedan ejercer este derecho en las elecciones municipales¹⁴⁶.

Y es que en general, tanto el derecho de sufragio activo como pasivo, es decir, *"el derecho electoral activo y el derecho electoral pasivo (son) derechos que aparecen como modalidades o vertientes del mismo principio de representación política"*¹⁴⁷. Constituyendo, además, el derecho de sufragio pasivo, según Morell Ocaña, *"una*

¹⁴⁵.- Y así lo ha confirmado nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 16 de mayo de 1.983, cuando señala que *"el régimen electoral general está compuesto por las normas electorales válidas para la generalidad de las instituciones representativas del Estado en su conjunto y en el de las Entidades territoriales en que se organiza, a tenor del art. 137 C.E"*. Curiosamente comparte esta perspectiva PEMAN GAVIN, J., *"La población local ..."*, cit., pág. 1.078, aunque no nos explique a que se debe esta circunstancia, pues si el sufragio activo y pasivo se integra en el *"Estatuto del vecino"* por su condición de tal, y no de ciudadano de un Estado democrático, la dificultad radica en conocer los motivos de esta identidad de regímenes jurídicos cuando es supuestamente distinta su naturaleza jurídica.

¹⁴⁶.- De esta forma la nueva redacción del artículo 13, apartado 2º, de la Constitución, realizada con la finalidad de adecuarse al contenido del artículo 8B, apartado 1º, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, señala que: *"Sólamante los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales"*.

No obstante respecto del derecho de sufragio pasivo, por cuanto el derecho de sufragio activo se encuentra regulado en el artículo 176 de la Ley orgánica electoral general, la adaptación de esta ley aún no se ha realizado, lo que explica que esta reforma no haya sido operativa para las elecciones locales celebradas en la primavera del año 1.995.

¹⁴⁷.- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de julio de 1.995, B.O.E. de fecha 22 de agosto de 1.995; Ponente Sr. Vives Antón; Fundamento Jurídico III.

manifestación concreta del contenido del artículo 23.2 de la Constitución" de acceso de los ciudadanos a los cargos públicos¹⁴⁸.

En este sentido nuestro Tribunal Constitucional ha consagrado con rotundidad el carácter político de los órganos de gobierno de las Entidades locales, sentencia de fecha 6 de Marzo de 1.985, al calificarles cómo "*cargos públicos de naturaleza política*"¹⁴⁹, y a su función como representativa "*del cuerpo electoral municipal*", lo que evidencia la aceptación de una representatividad política¹⁵⁰ distinta de la totalidad de la Nación, o, mejor dicho, en un plano de representación distinto¹⁵¹, que no

¹⁴⁸.- MORELL OCAÑA, L., *El Régimen Local Español*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1.988, pág. 401.

¹⁴⁹.- Ref. Ar. T.C. n° 32, Ponente Sr. Rubio LLorente; Fundamento Jurídico III..

¹⁵⁰.- Entendiendo esta expresión como lo hace el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 17 de julio de 1.995, ya citada, Fundamento Jurídico V, cuando señala que la "*participación política*" del artículo 23.1 de nuestro texto constitucional se refiere al "*ejercicio, directo o por medio de representantes, del poder político, esto es, sólo allí donde se llame al pueblo como titular de ese poder*". Pero todo ello entendido como un poder derivado y limitado al poder soberano que se encuentra plasmado en nuestro texto constitucional y residido en el pueblo español, art. 1, apartado 2° de nuestra Constitución.

De esta forma la soberanía entendida, según nos recuerda recientemente MARTINEZ LOEZ-MUÑIZ, J.L., "*¿Qué Unión Europea?*", *Papeles de la Fundación*, n° 34, 1.996, págs. 32 y 33, como "la potestad suprema de autodeterminarse sin subordinación propiamente jurídica a voluntad humana alguna, y no se pierde ni aminora por el sólo hecho de someterse voluntariamente a límites y vinculaciones, ni se disuelve o reduce por disponerse con ella una multiplicidad ordenada de diversos y separados Poderes dotados de graduadas potestades. La única condición para que la soberanía se mantenga incólumene es; (...), en definitiva, que las decisiones constitutivas fundamentales del entero orden jurídico-político de una determinada comunidad sigan jurídicamente en un ámbito de disponibilidad".

¹⁵¹.- Tesis que si bien puede resultar ciertamente novedosa en nuestro Derecho, aunque ya fuera apuntada por GARCIA-PELAYO, M., "El status del Tribunal Constitucional", *R.D.C.*, n°1, enero-abril 1.981, págs. 21 y 22, ha sido plantada en Bélgica por DELPEREE, F., "*La séparation des ...*", *cit.*, "*in totum*", para quien, y utilizando un símil matemático, no supone sino señalar que la actuación de cada uno de los centros públicos de poder, **vector de actuación**, se efectúa como consecuencia de la integración de diversos componentes, **elementos de los**

fracción de la totalidad de la soberanía. Y es que la situación de las Entidades locales corresponde a la opción adoptada por el constituyente español de finiquitar la concepción tradicional en nuestro Derecho de concebir al Estado "como centro de imputación del acontecer político, construido a base de una única instancia de representatividad"¹⁵², y ello al admitirse la cualidad política de las Entidades locales¹⁵³.

La Jurisprudencia de nuestros Tribunales viene reconociendo esta naturaleza cuando hace referencia a los miembros de los órganos de gobierno de las Entidades locales; así la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha

diversos planos, que conforman la realidad jurídica. Es decir, ello supone transformar la percepción "unidimensional" de la realidad jurídica, por otra "pluridimensional" con la integración de otros factores hasta ahora no preponderantes como puede ser, señaladamente, el territorial.

¹⁵²- MORELL OCAÑA, L., "Las Entidades locales, elementos integrantes de la organización territorial del Estado y de las Comunidades Autónomas", *R.E.D.A.*, nº 55, pág. 342.

¹⁵³- Por esto ya no resulta aceptable la posición doctrinal que pretende desconocer las actividades políticas de las Entidades locales, algo a lo que se refiere SANTAMARIA PASTOR. J.A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, tomo I, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1.988, págs. 1.134 y 1.135, cuando señala que "estudiar las Administraciones locales en el marco de una exposición general sobre el Derecho Administrativo supone, prima facie, considerar a éstas como personas jurídico-administrativas; esto es, exclusivamente como Administraciones Públicas. Esta perspectiva, tradicional en nuestra enseñanza universitaria, debe ser precisada". En este sentido resulta traer a colación otra cita de este mismo autor: "Por ello, la aguda distinción formulada por ENTRENA entre las entidades locales, que *son* Administración pública y el Estado y las Comunidades Autónomas que *no son*, sino que *tienen* Administración debe ser tomada con ciertas reservas. (...) Pero aunque las entidades locales *son* Administración Pública, *no son* sólo Administración Pública, sino algo más; la reducción a simples entidades prestadoras de servicios tiene su origen en la dialéctica surgida en lo albores del régimen constitucional acerca de si estas corporaciones tenían carácter representativo y eran equiparables en cierta forma, por tanto, a la representación nacional enraizada en el poder legislativo: la negación de dicho carácter se consigue mediante la reducción de su esencia a instancias puramente administrativas; un reduccionismo que hoy carece de sentido al no existir problema alguno en torno al cual sea el titular de la soberanía". La cita de ENTRENA CUESTA, R., ha sido realizada del *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/1, Tecnos, 8ª ed., Madrid, 1.983, pág. 34.

14 de diciembre de 1.988¹⁵⁴ señala con rotundidad que:

"Para delimitar el derecho de acceso a los cargos públicos del art. 23.2 CE, ha de interpretarse el precepto citado de acuerdo con el criterio que establece el art. 10.2 CE, es decir, de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos de 10 de Diciembre de 1.984 y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (...), la lectura de cuyos preceptos acredita que el derecho de acceso a los cargos públicos que regula el artículo 23.2 CE, interpretado en conexión con el art. 23.1, se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que corresponden al Estado y a los Entes territoriales en que se organiza, de acuerdo con el artículo 137 CE Comunidades Autónomas, municipios y provincias, conclusión inicial que queda confirmada, si se parte, como es obligado, del artículo 1.1 CE, que configura al Estado como social y democrático, ya que el derecho que define el mencionado artículo 23.2 es un reflejo del Estado democrático en el que artículo 1.2 CE la soberanía reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado",

puesto que, en definitiva, el derecho de participación en los asuntos públicos:

"es un derecho de participación uti cives en el

¹⁵⁴.- Repertorio de Jurisprudencia La Ley, 1.989-1, ref. 647, Ponente Sr. Fuentes Lojo.

*ámbito del Estado strictu sensu y en el de los entes públicos en que se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución"*¹⁵⁵.

En este sentido se ha expresado rotundamente el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 25 de abril de 1.984¹⁵⁶ cuando señala que este derecho:

*"Se trata del derecho fundamental, en que se encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el artículo 1º, y es la forma de ejercitar la soberanía"*¹⁵⁷ *que el mismo precepto consagra que reside en el*

¹⁵⁵.- Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de fecha 11 de octubre de 1.990, ref. La Ley 1.991-3, 513.

¹⁵⁶.- Ref. Ar. T.C. nº 51; Fundamento Jurídico II, párrafo final, Ponente Sr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

¹⁵⁷.- Entendemos que esta expresión utilizada por el Tribunal Constitucional, dentro de una línea jurisprudencial consolidada (sentencias de fecha 17 de julio de 1.995, ya citada) puede resultar equívoca por cuanto puede llegar a suponer que la soberanía se entiende ejercida por su titular: pueblo español, en cada proceso electoral; cuando lo realmente ejercido es el derecho de participación en los asuntos públicos -que no es soberano-, sino que lo realmente soberano es el derecho ejercido en la actuación constituyente que ha llevado a la aprobación de nuestro texto constitucional.

En este sentido MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., "Que Unión Europea?, cit., págs. 33 y 34, parece darnos la clave de esta terminología equívoca cuando, al referirse a la traslación de funciones públicas a la Unión Europea por los diversos Estados miembros, señala que "una defectuosa traducción del término alemán *hoheitsrechte* -empleado por ejemplo en el actual artículo 24.º de la Ley Fundamental de Bonn-, ha hecho común tanto en la lengua francesa como española el denominar "*droits de souveraineté*" o derecho de soberanía, a lo que con más precisión y para evitar equívocos debería llamarse en español simplemente potestades públicas (...). En cuanto constituidos y conformados por el Poder soberano, derivan de él -al menos en su necesario reconocimiento y ordenación fundamental- y son como instrumentos o proyección cuya pudiéndose aceptar en este solo sentido la expresión derechos de soberanía, pero no son derechos propiamente soberanos, no son en sí mismo ejercicio de la soberanía, no conforman la soberanía sino que son conformados por ella".

pueblo español. Por eso, la participación en los asuntos públicos, a que se refiere el artículo 23, es en primera línea la que se realiza al elegir los miembros de las Cortes Generales, que son los representantes del pueblo, según el artículo 66 de la Constitución, y puede entenderse asimismo que abarca también la participación en el Gobierno de las Entidades en que el Estado se organiza territorialmente, de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución".

Situación, y conclusión jurídica, a nivel constitucional, que se explica únicamente sobre la manifestación de que sólo las entidades territoriales participan del carácter representativo y democrático; es decir, el **elemento territorio** es elevado al nivel de parámetro delimitador de la actuación de las entidades que ostentan la cualidad de "políticas".

Por tanto no a cualquier organización, ni tan siquiera corporativa, puede reconocérsela un significado "ex constitutione" de participación en la esfera política, sino únicamente este importante papel le corresponde

"al Estado y a los demás entes territoriales en que se organiza territorialmente de acuerdo con el artículo 137 de la Constitución"¹⁵⁸.

¹⁵⁸.- Fundamento Jurídico IV de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 20 de febrero de 1.984; Ponente Sr. Gómez Ferrer Morant; ref. Ar. T.C. n° 23. Sentencia en la que se analiza un supuesto de recurso de amparo frente a

De esta forma este derecho de participación de los vecinos en estas Corporaciones no sólo se deriva de su cualidad de **miembros** de ésta, sino, y aún más fundamentalmente, del tipo de sistema político instaurado en nuestro Derecho tras la Constitución: democrático-representativo, y en el que se garantiza el derecho de participación¹⁵⁹ y de acceso a los cargos públicos, artículo 23, a través de estas entidades territoriales; lo que obviamente produce en los órganos de gobierno de las Entidades locales una **legitimación democrática**, en palabras de Knemeyer¹⁶⁰, **similar** a la que ostentan los del Estado o las Comunidades Autónomas¹⁶¹.

la actuación de una Corporación de Derecho Público como es un Colegio de Abogados; en esta sentencia el Tribunal Constitucional afirma con rotundidad la diferente condición de "entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante" -Colegio de Abogados-, de las entidades territoriales que son el instrumento de "participación de los ciudadanos en la organización del estado".

¹⁵⁹.- Sobre la naturaleza y contenido de este derecho constitucional puede consultarse la obra de RAMIREZ JIMENEZ, M., *La participación política*, Tecnos, Madrid, 1.985, pág. 41 y sgs., fundamentalmente. En ella este autor insiste en la importancia que este derecho tiene como "pieza clave en cualquier régimen democrático; estamos pues ante la consecuencia lógica de que la soberanía resida en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2. de la Constitución)".

¹⁶⁰.- KNEMEYER, F.L., "L'Autonomie administrative des communes en Allemagne Fédérale", *Revue des Sciences Internationales Administratives*, n° 49, pág. 180, cuando señala la sustancial identidad de las Entidades locales, Länder y Estado en el Derecho alemán con la constitucionalización, artículo 28, parágrafo 1°, del derecho de representación del pueblo alemán en las elecciones de todos estos centros de poder público. Y que la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de julio de 1.995, ya citada, reconoce expresamente cuando señala que "tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran".

¹⁶¹.- Por lo que también puede decirse de ellas esta condición de entidades corporativas. Así, GALLEGO ANABITARTE, A., *Constitución ...*, cit., pág. 102, califica las Comunidades Autónomas como "Corporaciones Públicas de base territorial y de naturaleza política" teniendo como fundamento la sentencia del Tribunal Constitucional 25/81, lo que le conduce a la conclusión de que el poder de las mismas es de carácter **derivado** (por oposición al del Estado que es de naturaleza originaria), y, por tanto, estas Comuniades Autónomas son iguales a las entidades locales, "**jurídico-cualitativamente**, aunque tengan competencias legislativas".

Aunque ello no pueda significar, ni se pretenda en este trabajo, identificar el ámbito de actuación de cada uno de estas organizaciones públicas, que no sólo es diverso, sino "cualitativamente" superior en el caso del Estado, tal y como tendremos ocasión de estudiar cuando nos refiramos a los "intereses respectivos" de las diversas entidades territoriales¹⁶².

¹⁶². - Y es que compartimos totalmente la afirmación de SANTAMARIA PASTOR, J.A. *Fundamentos de Derecho Administrativo*, tomo I, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1.988, pág. 1.135, de que ello "no entraña, en cambio, el que encarnen un principio de legitimidad o de decisión política originaria distinto de articular el Estado como totalidad, por cuanto la soberanía reside en el pueblo español (art. 1, 2º CE); en todo el pueblo, y no en cada una de sus partes o agrupaciones".

b) Del Derecho de participación en la gestión municipal y del resto de derechos de este artículo.

Respecto del "*derecho a la participación en la gestión municipal*", letra b) del apartado 1º de este artículo 18, éste no transcende de ser una declaración bastante relativizada en lo que no haga referencia al contenido del derecho de sufragio activo y pasivo relatado anteriormente, y es que nuestro sistema jurídico aún no se ha profundizado en ésta vertiente de la democracia directa como ha propugnado Delpérée en el Derecho belga¹⁶³.

De esta forma este derecho de participación en la gestión municipal no supone pues, en palabras del propio Tribunal Constitucional, sino que:

"la participación directa en los asuntos públicos ha de corresponder directamente a los ciudadanos y es la que se alcanza a través de las consultas populares previstas en la Constitución (...), y en utilizar instancias, a lo que tradicionalmente se viene considerando

¹⁶³.- DELPEREE, F., "Le Nouveau Droit Constitutionnel", en *Rapports belges au II Congrès mondial de droit constitutionnel*, celebrado en París y en Aix-en-Provence, entre el 31 de Agosto al 5 de septiembre de 1.987, Ed. Centre Universitaire de Droit Public, Bruselas, 1.987, págs. 173 y sgs.

como forma de democracia directa, es decir, a aquellos supuestos en los que la toma de decisiones políticas se realiza mediante un llamamiento directo al titular de la soberanía. Dentro de ella habría que encontrar también el denominado régimen de Concejo abierto a que se refiere el artículo 140 C.E.¹⁶⁴"

Pero la complejidad de la realidad impide que pueda sostenerse hoy que la gestión de los asuntos realizada por las Entidades locales sea consecuencia de la participación directa de los ciudadanos, en una suerte de "autoadministración". La existencia de un innegable aparato administrativo local deja la participación en la gestión de los asuntos públicos de los vecinos reducida básicamente al derecho de sufragio activo y pasivo¹⁶⁵.

Respecto del resto de los derechos contenidos en la letra e) de este artículo 18º: derecho de información, derecho a dirigir solicitudes, y los contenidos, por referencia, en el artículo 150 de la Constitución, no son derechos derivados del derecho de participación política, sino de contenido administrativo que se encuadran en la función administrativa de las Entidades locales, por cuanto

¹⁶⁴.- Sentencia de fecha 17 de julio de 1.995, ya citada; Fundamento Jurídico III.

¹⁶⁵.- De esta forma el artículo 119 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones locales establece todo un entramado de órganos complementarios para las Entidades locales de carácter administrativos y en los que no existe participación de los vecinos, y ello salvo en los Consejos sectoriales, artículo 130, aunque éstos sólo tengan un carácter meramente informativo.

éstos no suponen

"cauces articulados para conocer la voluntad de la generalidad de los ciudadanos -en los distintos ámbitos en que territorialmente se articula el Estado-, sino más bien para oír, en la mayor parte de los casos, la voz de intereses sectoriales de índole económica, profesional, etc.¹⁶⁶".

Respecto del derecho a solicitar una consulta popular, apartado f) de este artículo, es una muestra más de la participación de los vecinos en el gobierno de los asuntos locales, y que se incardina también en el derecho de participación política¹⁶⁷.

De esta forma cabe diferenciar, en este artículo 18, apartado 1º, entre los derechos "de carácter político", derivados de la condición democrático-representativa del orden organizativo constitucional, del resto de derechos de naturaleza fundamentalmente "administrativa"¹⁶⁸.

¹⁶⁶.- Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de julio de 1.995, ya citada; Fundamento Jurídico V.

¹⁶⁷.- En este sentido la ya citada sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de julio de 1.995.

¹⁶⁸.- Tal y como se refería expresamente en la redacción del apartado 2º, de este artículo 18, antes de la redacción otorgada por la Ley 4/96, de 10 de enero, y que literalmente establecía que: "Los extranjeros domiciliados que sean mayores de edad tienen los derechos y deberes propios de los vecinos, salvo los de carácter político".

2º.- Sobre la pretendida participación en el sostenimiento de los gastos locales.

Sobre las prestaciones económicas y personales que se determinan como elementos integrantes de la condición de miembros de los asociados en la Corporación de Derecho Público, no son sino específicas atribuciones de ingresos de Derecho Público, necesarios para la financiación de las Entidades locales, según ha puesto de manifiesto la vigente Ley reguladora de las Haciendas locales, de fecha 28 de diciembre de 1.988, lo que las coloca en una posición similar a la que tienen los ingresos públicos del Estado¹⁶⁹.

De esta forma, no se evidencia la existencia de uno de los elementos configuradores del concepto tradicional corporativo de las Entidades locales, y que consistía en considerar que su sostenimiento se realizaba por medio de las aportaciones de sus "miembros"; y es que los ingresos públicos no provienen de "cuotas o derramas", sino que son establecidos siguiendo los mismos principios tributarios que el resto de poderes públicos con capacidad de actuación

¹⁶⁹.- Y que PEMAN GAVIN, J., "La población local ...", cit., pág. 1.085, identifica como "una manifestación del genérico deber constitucional de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE)". Y ello hasta el punto de llegar a reconocer que "las figuras tributarias locales son independientes, casi sin excepción, de la residencia de los sujetos obligados y, por tanto, de su vecindad administrativa (...). De este modo resulta que no puede decirse, con carácter general, que los deberes contributivos municipales recaigan exclusivamente sobre los vecinos".

en materia tributaria: principio de progresividad¹⁷⁰ para alcanzar una justicia tributaria.

Además, la propia capacidad tributaria de las Entidades locales resulta ser no originaria sino derivada, lo que significa que no corresponde a éstas la facultad de determinar alguno de los elementos que se integran y son necesarios para la determinación de la deuda tributaria, sino sólo alguno, y ello como corolario del derecho de autonomía de las Entidades locales para la gestión de sus intereses respectivos¹⁷¹, lo que deja fuera de la propia actuación de los "miembros" de la Corporación la determinación de los elementos patrimoniales necesarios para sufragar el cumplimiento de los gastos generados por la satisfacción de sus intereses respectivos.

Si la determinación de la actuación tributaria se realiza en un comportamiento normativo cooperador entre diversos centros de poder público, Estado y Entidades locales, difícilmente se puede concluir aceptando que el conjunto de personas que integran la "corporación" local

¹⁷⁰.- Salvo que se acepte que la progresividad fiscal signifique tanto como que quien paga más por tener mayores ingresos o cualquier otro hecho imponible, lo es en función de la mayor participación en las cuotas establecidas en su Corporación.

¹⁷¹.- Actuación en materia tributaria que ha tenido ocasión de puntualizar el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 17 de Febrero de 1.987, recurso n° 665/84, Ponente Sr. Luis Díez-Picazo y Ponce de León; cuando señala que la autonomía "posee también una proyección en el terreno tributario, pues éstos entes habrán de contar con tributos propios y sobre los mismos deberá la Ley reconocerles una intervención en su establecimiento o en su exigencia, según previenen los arts. 140 y 133.2 de la misma Norma fundamental, ello sin perjuicio de que, esta autonomía tributaria no sea plena, .., y de que no aparezca la misma, desde luego, carente de límites, por el mismo carácter derivado del poder tributario de las Corporaciones Locales".

tengan capacidad de plena determinación de la manera y medios de sufragar los gastos.

De esta forma, y haciendo hincapié en los tributos locales como una de las más importantes clases de los ingresos de las Haciendas locales, podemos evidenciar en la regulación normativa actual lo siguiente:

a) Respecto de los tributos de implantación obligatoria por las Entidades locales, art. 6 de la Ley reguladora de las Haciendas Locales: Impuesto sobre Bienes Inmuebles, Impuesto sobre Actividades Económicas e Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica, la regulación de su régimen jurídico se produce por el Estado, quedando únicamente en manos de la Entidad local la posibilidad de actuar sobre los tipos de gravamen o sobre las cuotas tributarias (art. 73.3º, 88 y 96.4º, respectivamente), y ello siempre dentro de un margen establecido por el legislador estatal.

Además, en todos ellos el sujeto pasivo puede no ostentar la condición de vecino del municipio¹⁷² (art. 65, 84 y 95 de la citada Ley). De esta forma se niega en nuestro ordenamiento jurídico una de las premisas básicas de la configuración "corporativa" de las Entidades locales: "miembro de la Corporación=obligación de satisfacer los

¹⁷².- En igual sentido se expresa PÉMAN GAVIN, J., "La población local ...", cit., pág. 1.086, aunque él se refiera a la tipología tributaria contenida en la legislación anterior a la Ley de Haciendas Locales de 1.986.

gastos"; y ello por cuanto existen personas físicas o jurídicas que sin habitar, ni haber habitado en el municipio son sujetos pasivos de los tributos locales por la existencia o realización del hecho imponible de éstos (titularidad de un bien inmueble, matriculación de un vehículo o realización de actividades profesionales o empresariales).

b) Respecto de los tributos de implantación voluntaria¹⁷³ también se fija un legislativamente por el Estado su régimen jurídico, quedando la actuación de la propia Entidad local deferida a la regulación de aspectos no básicos: básicamente la fijación de un determinado tipo de gravamen o cuota dentro de una escala fija; sin que exista tampoco la necesidad de que los sujetos pasivos tengan la condición de vecinos o residentes en el municipio (art. 102 y 107).

Pues bien, en todos estos tributos locales, obligatorios o voluntarios, la base imponible y la cuota tributaria se establecen sobre criterios de proporcionalidad y de justicia tributaria (art. 31.1º CE) de idéntica naturaleza, como no podía ser de otra forma dado el contenido del artículo 133.1º de nuestro texto constitucional, que los tributos estatales.

¹⁷³.- Y que la Ley de 1.988, art. 60.2º, refiere al Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, y al Impuesto sobre el Incremento de valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

3^o.- Sobre la conformación de los intereses de las Entidades Locales: especial consideración al elemento territorio.

Además, y ya respecto del elemento teleológico reseñado como esencial en la concepción doctrinal predominante: los miembros son los titulares "de los intereses a los que el grupo va a seguir", debemos responder que tales intereses no son los peculiares de cada Entidad, como suma de los propios de sus miembros, o por elección entre las variadas alternativas, sino consecuencia de una más compleja interacción con el resto de intereses generales y autonómicos, que se formulan y ejecutan, en el grado e intensidad que estudiaremos en el Capítulo último de esta Parte II, por las Entidades locales, como centro de imputación de responsabilidades políticas que son tras la Constitución de 1.978.

Nos encontramos que uno de los elementos constitutivos más importantes para la existencia de las Entidades locales es el **territorio**, no como espacio geográfico sobre el que actúan sus competencias, sino como el ámbito que conforma la propia existencia y voluntad de éstas y los intereses que han de cumplir.

De esta forma el territorio constituye, junto al elemento personal, la base de la propia existencia de las Entidades locales, y que las configura como entidades corporativas de base territorial¹⁷⁴.

Si se acepta la versión corporativa de las Entidades locales, es en base a considerar la radical importancia que el sustrato personal asociativo (Verband) tiene sobre el resto, muy especialmente sobre el territorio¹⁷⁵, pero todo ello sin olvidar este último elemento. Y ello por cuanto, tanto histórica como sociológicamente, el elemento territorial ha contribuido a la auténtica conformación de los municipios y provincias en nuestro Derecho. Lo que en términos constitucionales, según palabras del Tribunal Constitucional, supone el ejercicio de la soberanía a través "*de las entidades en que el Estado se organiza territorialmente*"¹⁷⁶.

Por todo lo expuesto, consideramos que las Entidades locales son entidades corporativas con el significado y las consecuencias jurídicas otorgadas tradicionalmente por nuestra doctrina, pero matizando en algún sentido este

¹⁷⁴.- MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, J.L., *Introducción ...*, cit., pág. 63.

¹⁷⁵.- De esta forma RIVERO YSERN, J.L., *Manual de Derecho ...*, cit., pág. 83, pone de manifiesto la existencia de dos posturas en torno a la concepción del municipio, una que hace predominar al elemento territorial sobre el local, y la otra que es la inversa; dependiendo de la opción elegida nos encontraremos ante una configuración "corporativa" o no. Señalando además que la elección efectuada por la Ley Básica de Régimen Local se despredne que se ha optado "por una solución ecléctica".

¹⁷⁶.- Sentencia de fecha 25 de abril de 1.984, ya citada.

contenido asociativo en lo que hace referencia tanto a la causa última del derecho de participación de los vecinos (fundamentado básicamente en el sistema político democrático-representativo), como a la contribución al sostenimiento de los gastos de las Entidades locales.

C) SINTESIS DE NUESTRA POSICION SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DE LAS ENTIDADES LOCALES.

De esta forma podemos afirmar que:

A) La calificación de las Entidades locales como **entidades corporativas** ofrece las ventajas propias de toda actuación dogmática que pretende sistematizar la realidad de las organizaciones públicas.

B) La consideración como **entidades corporativas** de las Entidades locales resulta justificada, no tanto del estudio de las regulaciones normativas existentes en nuestro ordenamiento histórico (caracterizado por la confusión terminológica y normativa entre la personificación real o ficticia de éstas) sino del estudio y elaboración doctrinal derivada del elemento asociativo que las integra y que se plasma en los derechos y obligaciones de sus miembros.

Estos derechos, no obstante, se confirman y garantizan merced al derecho de participación en los asuntos públicos que tiene un encaje directo en el tipo de sistema político democrático-representativo instaurado en la Constitución

de 1.978; igualmente ha de comprenderse, de nuevo, el entendimiento de la obligación de participar en el sostenimiento de los gastos públicos, que no recae únicamente sobre sus miembros.

C) En definitiva, el problema sobre la calificación jurídica de las Entidades locales es idéntico al que puede ofrecer el estudio de las distintas formas de personificación de los poderes públicos territoriales en nuestro Derecho: Estado, entendido en su acepción de organización territorial- y Comunidades Autónomas, fundamentalmente; e idéntica debe ser su solución, pues no distintos son los elementos que las integran.

Y es que se puede manifestar de las Entidades locales que éstas se encuentran dotadas de personificación jurídica e integradas por un conjunto de elementos (población, territorio y organización), para el cumplimiento de las necesidades de las colectividades que las integran.