



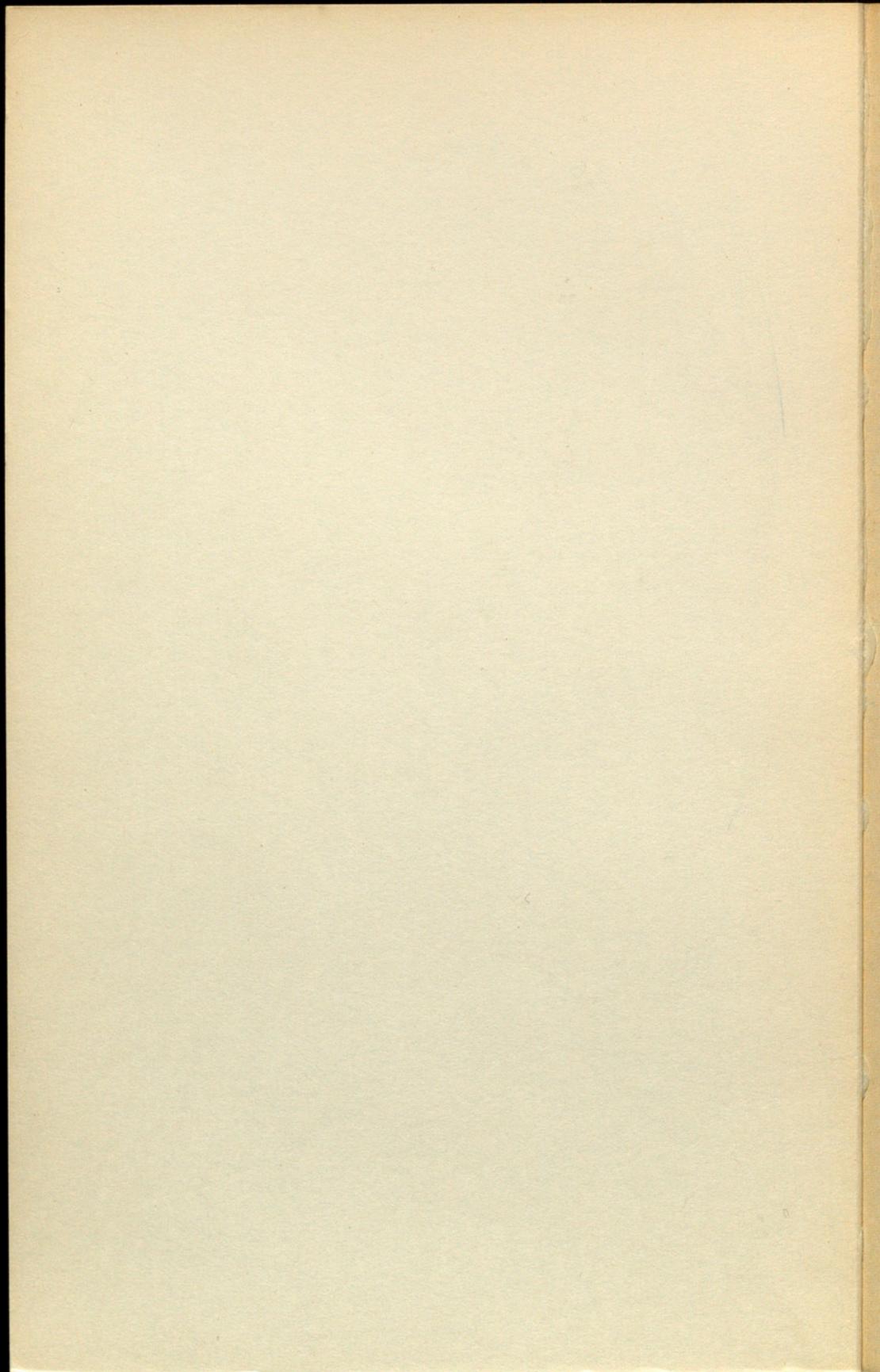
DOCUMENTS DE TREBALL PER A LA CARTA MUNICIPAL

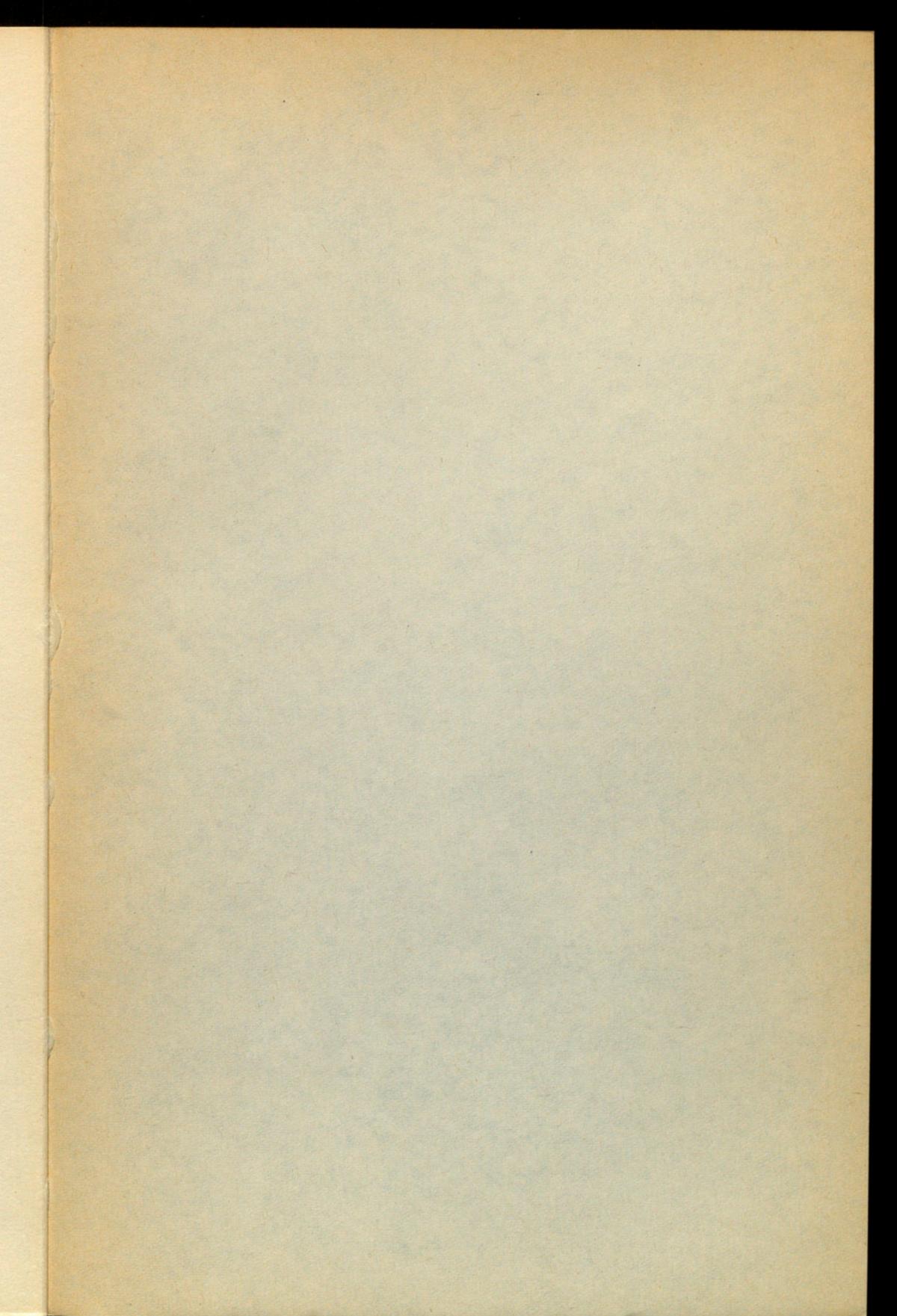


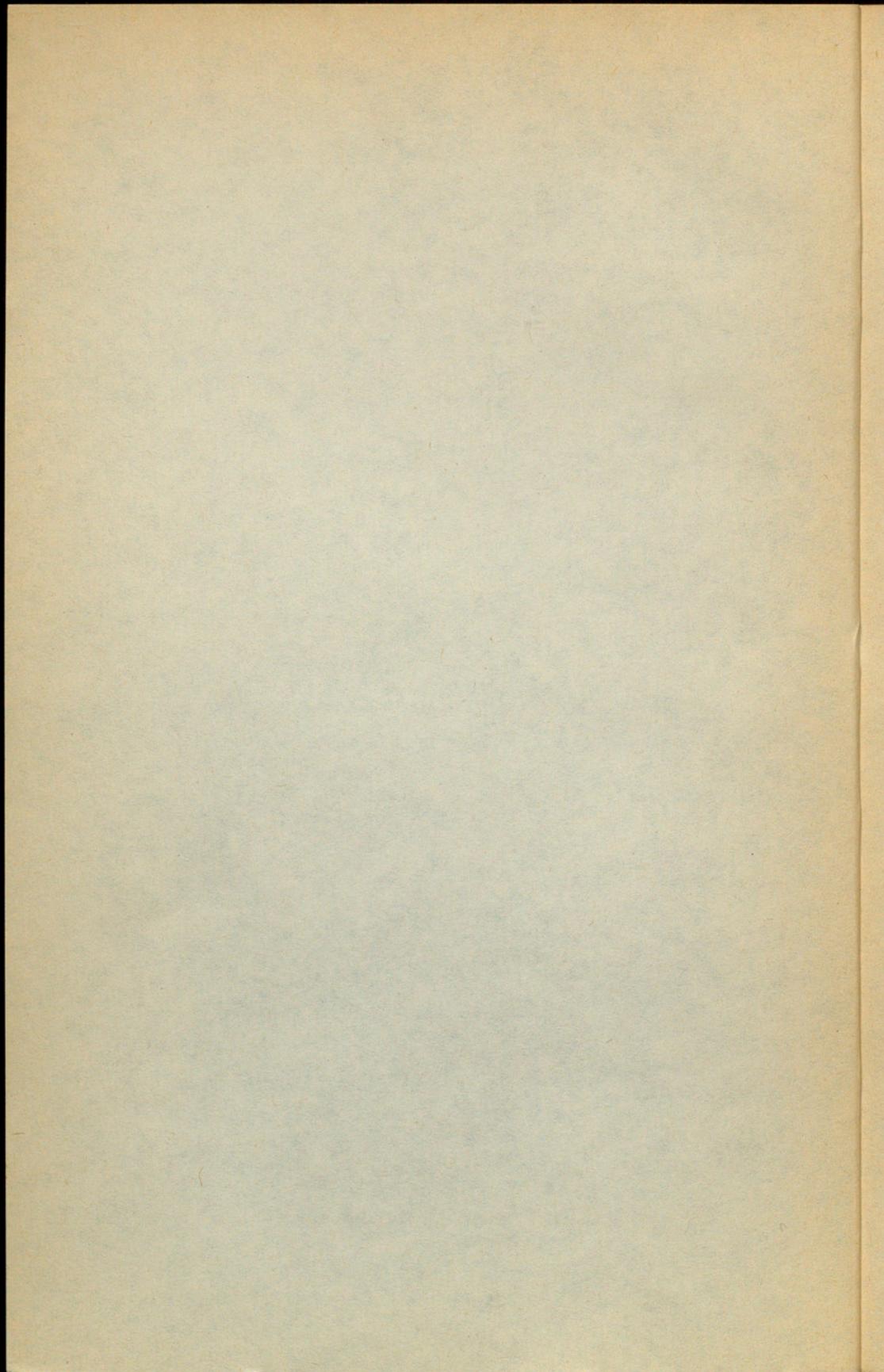
DOCUMENTS DE TREBALL
PER A LA CARTA MUNICIPAL

POTESTAT NORMATIVA,
PROCEDIMENT,
PARTICIPACIÓ, BÉNS
I CONTRACTACIÓ

Ajuntament  de Barcelona







DOCUMENTS DE TREBALL
PER A LA CARTA MUNICIPAL

QUADERN 6:
POTESTAT NORMATIVA,
PROCEDIMENT, PARTICIPACIÓ,
BÉNS I CONTRACTACIÓ



Ajuntament de Barcelona

DOCUMENTS DE TREBALL
PER A LA CARTA MUNICIPAL

QUADERN 6:
POTESTAT NORMATIVA,
PROCEDIMENT, PARTICIPACIÓ
BENS I CONTRACTACIÓ

Edita: Ajuntament de Barcelona. Comissió de la Carta Municipal
Disseny portada: Mario Esquenazzi
Impressió: Impremta Municipal
D. L.: B. 26.937-1989
Exp. 2.337-89

SUMARI

PRESENTACIÓ (Guerau Ruiz Pena)	11
SECCIÓ 1: EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL EN LA FUTURA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA (Antonio Embid Irujo)	15
I. ANTECEDENTES	17
II. LA POTESTAD REGLAMENTARIA REFLEJO DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU CONFIGURACIÓN EN EL CONTEXTO DEL RÉGIMEN DE CARTA	18
III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL	24
A) Alguna cuestión terminológica previa en torno a la potestad reglamentaria. Las Ordenanzas y Reglamentos y su respectivo contenido	25
B) La pluralidad de formas reglamentarias locales	27
C) La distinción de las Ordenanzas y Reglamentos Municipales con los Bandos	29
D) El procedimiento de elaboración de Ordenanzas y Reglamentos Municipales. Órganos con potestad reglamentaria y quorums específicos	31
E) El control sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria municipal	37
F) La publicación y entrada en vigor de las Ordenanzas y Reglamentos Municipales	47
G) La infracción de las Ordenanzas y Reglamentos Municipales	57
IV. LAS ORDENANZAS DE POLICÍA Y BUEN GOBIERNO	58
V. EL REGLAMENTO ORGÁNICO	60

VI. LAS ORDENANZAS FISCALES	63
VII. LAS ORDENANZAS DE EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO	72
VIII. LAS ORDENANZAS INDUSTRIALES	75
IX. LAS ORDENANZAS MEDIO AMBIENTALES	81
X. REGLAMENTOS DE PERSONAL	85
XI. LAS ORDENANZAS SOBRE APROVECHAMIENTO DE BIENES. EL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LOS BIENES COMUNALES	86
XII. LOS REGLAMENTOS DE LOS SERVICIOS MUNICIPALES. OTROS REGLAMENTOS	87
XIII. CONCLUSIONES	88
SECCIÓ 2: LA REFORMA DEL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU I DEL RÈGIM DELS RECURSOS ADMINISTRATIUS. (Joan Prats i Català)	95
I. PER QUÈ I DES DE QUINS VALORS S'HA DE REFORMAR EL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU	97
1. Les raons de la reforma	97
2. Els valors que han d'orientar la reforma	99
II. LA REFORMA DEL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU	102
1. Consideracions generals sobre la significació del procediment administratiu	102
2. Els aspectes jurídics del procediment administratiu	104
2.1. L'eixamplament de la legitimació procedimental	105
2.2. La reforma del règim jurídic del silenci administratiu	106
2.3. La inactivitat de l'Administració i els seus possibles remeis jurídics	109
III. LA REFORMA DELS RECURSOS ADMINISTRATIUS	113

IV. ELS ASPECTES NO JURÍDICS DEL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU: LA RACIONALITZACIÓ DELS PROCEDIMENTS ADMINISTRATIUS	119
1. El moviment reformista dels 60 i les raons del seu fracàs	119
2. Planejaments actuals per a la racionalització dels procediments	123
3. Idees per a algunes innovacions organitzatives i funcionals	128
SECCIÓ 3: INFORME SOBRE LAS RELACIONES ENTRE LOS CIUDADANOS Y LA ADMINISTRACIÓN Y LOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN DIRECTA. (Tomás Font i Llovet)	141
I. INTRODUCCIÓN. PRINCIPIOS GENERALES	143
1. La concepción participativa de los poderes públicos	143
2. Pluralismo político, descentralización, eficacia	145
3. De la participación a la transparencia administrativa	146
II. PRIMERA PARTE. LAS RELACIONES ENTRE LOS CIUDADANOS Y LA ADMINISTRACIÓN	147
1. La actividad municipal de información ciudadana	147
2. El derecho de acceso a los documentos públicos	149
3. Aspectos del procedimiento administrativo	153
4. El Defensor Cívico	156
III. SEGUNDA PARTE. LOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN DIRECTA	158
1. Introducción	158
2. La legislación estatal	159
3. La legislación catalana	161
4. Las distintas figuras de participación directa	161
4.1. El referéndum y sus clases	162
4.2. Las consultas populares	163

5. Algunas cuestiones a regular específicamente.	164
5.1. La iniciativa para la convocatoria de un referéndum o consulta	164
5.2. Autorización de la convocatoria	165
5.3. Acceso a los espacios gratuitos de propaganda	165
5.4. Aprobación de la consulta	166
5.5. Reiteración de la consulta	166
SECCIÓ 4: LOS BIENES MUNICIPALES. (Joaquim Tornos i Mas)	167
I. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LOS BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN	169
II. LA LEY ESPECIAL DE BARCELONA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES	174
III. DEFINICIONES GENERALES: REMISIÓN	177
IV. ASPECTOS ORGANIZATIVOS	178
1. Titularidad y adscripción	178
2. Descentralización	179
3. Organización central	180
4. Intervención de la Administración autonómica	180
V. UTILIZACIÓN DE LOS BIENES	181
1. Proyectos de zona del dominio público	181
2. Bienes afectos a un servicio público. Posición del concesionario	182
3. Bienes afectos a un servicio público. Arrendamiento	182
VI. PROTECCIÓN	183
1. Recuperación y deshaucio de los ocupantes	183
2. Responsabilidad por daños causados a los bienes públicos	184
3. Registro e Inventario	187
BIBLIOGRAFÍA	188

SECCIÓ 5: INFORME RELATIVO AL TRATAMIENTO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN UN FUTURO ANTEPROYECTO DE LA LEY DE RÉGIMEN ESPECIAL DEL MUNICIPIO DE BARCELONA. (Joaquim Toros i Mas)	191
I. PLANEAMIENTO DEL INFORME	193
II. IMPORTANCIA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	194
III. EL MARCO NORMATIVO	195
IV. PROPUESTAS DE TEMAS A TRATAR EN LA NUEVA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA	197
1. Clasificación de los tipos de contratos	197
2. Organización de la contratación	199
3. Expediente de contratación	200
4. Ejecución del contrato	203
V. CRITERIOS QUE AFECTAN MÁS A LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN QUE A UNA REFORMA NORMATIVA	204
VI. PROPUESTAS CONCRETAS EN LA RELACIÓN A LOS ASPECTOS A INTRODUCIR EN LA NUEVA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA	204
1. Clasificación de tipos de contratos	204
2. Organización	205
3. Expediente de contratación	206
4. Expedientes Especiales	206
5. Ejecución	206

181	III. EL MARCO NORMATIVO	181
182	1. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL RELACIONADA CON	182
183	IV. PROPOSTAS DE TEMAS A TRATARSE EN LA	183
184	CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA	184
185	V. LA LEY DE BASES REGULADORAS	185
186	1. Clasificación de los tipos de contratos	186
187	2. Organización de la contratación	187
188	3. Expedientes de contratación	188
189	4. Resolución del contrato	189
190	VI. CRITERIOS QUE DEBE HABER MÁS A LA GESTIÓN DE	190
191	LA CONTRATACIÓN QUE A TRATARSE EN LA	191
192	VII. PROPOSTAS DE TEMAS A TRATARSE EN LA	192
193	ASPECTO A TRATARSE EN LA NUEVA CARTA MU-	193
194	NICIPAL DE BARCELONA	194
195	VIII. TEMAS A TRATARSE EN LA NUEVA CARTA MU-	195
196	1. Clasificación de tipos de contratos	196
197	2. Organización de la contratación	197
198	3. Expedientes de contratación	198
199	4. Resolución de la contratación	199
200	IX. CONCLUSIONES	200
201	1. Recuperación y estabilidad	201
202	2. Mecanismos de financiación	202
203	3. Mecanismos de gestión	203
204	X. BIBLIOGRAFÍA	204

PRESENTACIÓ

En aquesta sisena publicació de la Col·lecció «Documents de Treball per a la Carta Municipal» es compila un conjunt d'estudis que un grup de professors universitaris ha elaborat en els darrers anys, entorn de diversos temes relacionats amb el Règim Jurídic de les Entitats Locals, des de la perspectiva d'un gran municipi com Barcelona.

Aquest volum conté un total de cinc estudis que tracten de les següents matèries: El Règim Jurídic de la Potestat Reglamentària Municipal en la futura Carta Municipal de Barcelona; La reforma del Procediment Administratiu i del Règim dels Recursos Administratius; Les relacions entre els ciutadans i l'Administració i els instruments de participació directa; Els Béns Municipals; La Contractació Administrativa en un futur avantprojecte de la Llei de Règim Especial del Municipi de Barcelona.

En el treball del professor Antonio Embid Irujo, s'analitza l'abast de la Potestat Normativa Municipal en l'actual normativa de Règim Local i des de la perspectiva de defensa de l'Autonomia Local en aquesta matèria. Una gran ciutat com Barcelona requereix que se li atribueixi per Llei una àmplia potestat reglamentària, que faci possible l'efectiu desenvolupament de les competències que li atorgui la Carta Municipal, i augmenti l'àmbit propi de lliure decisió.

La determinació de les matèries en què correspon a Barcelona l'exercici de competències pròpies i la concreció i vinculació directa entre aquestes matèries, així com el ple exercici de les potestats administratives del Municipi, entre elles la normativa, amb la finalitat que l'exercici de les competències es produeixi en un règim real d'autonomia i sota la pròpia responsabilitat, exempt de cap altre control que no sigui el de legalitat en l'àmbit jurisdiccional, és una de les característiques en què haurà de basar-se el nou Règim de Carta Municipal.

Des d'aquesta perspectiva, es tracten també els aspectes de Règim Jurídic General relacionats amb la tipologia de normes

municipals, procediment d'elaboració i aprovació d'Ordennances i Reglaments, i, finalment, es fan unes consideracions sobre la possible regulació de la Carta Municipal dels diferents Reglaments Municipals.

El segon estudi tracta les raons que fan necessària una modificació del Procediment Administratiu i el Règim de Recursos. Partint de l'article 149.1.18 de la Constitució que determina la competència estatal per a establir les Bases del procediment administratiu comú i del principi constitucional d'igualtat que determina que els que actuïn davant de l'Administració Local estan subjectes a les mateixes regles que els que ho fan davant de la resta d'Administracions Públiques, la Llei de Bases de Règim Local i el seu desplegament reglamentari, especialment el Reglament d'Organització i Funcionament, fan freqüents remissions al «Procediment Administratiu Comú». Això no vol dir que no es puguin tractar en el marc de la Carta Municipal determinats aspectes procedimentals derivats de l'organització pròpia de què es doti el municipi de Barcelona. Aquest tema, conjuntament amb la reforma dels recursos administratius i dels aspectes no jurídics del procediment administratiu relacionats amb la racionalització dels actuals procediments, són àmpliament analitzats en el treball del professor Joan Prats i Català.

El tercer estudi, sobre les Relacions entre els Ciutadans i l'Administració i els Instruments de Participació Directa del professor Tomàs Font i Llovet, examina el concepte de participació directa dels ciutadans en els poders públics, especialment en l'àmbit municipal, i s'hi tracten, també les tècniques de participació directa. Una part important d'aquestes matèries estan ja recollides en el vigent Reglament de Participació Ciutadana del municipi de Barcelona, però en la Carta Municipal es podria incloure també la regulació de determinats instruments de participació directa, com la consulta popular, que en la normativa estatal i autonòmica vigent no tenen un tractament satisfactori.

Finalment, els dos treballs del professor Joaquim Tornos i Mas fan referència a la regulació específica que es podria donar, en el marc del Règim Especial de Barcelona, a la Contractació Administrativa i al Règim dels Béns Municipals. El primer tema està molt relacionat amb l'estudi ja esmentat sobre el Procediment Administratiu, ja que les mesures que s'hi proposen pretenen una racionalització dels procedi-

ments de contractació per adaptar-los al funcionament més eficaç d'una Administració Municipal com la de Barcelona, que té un important volum d'activitat contractual. En matèria de béns també es proposen modificacions derivades de la pròpia peculiaritat d'un gran municipi com Barcelona, especialment referides a la competència dels òrgans municipals, respecte als béns adscrits a òrgans descentralitzats territorialment o desconcentrats funcionalment, alhora que suggereix la possibilitat que, amb la promulgació de la Carta Municipal, es pugui revisar algun aspecte poc clar de l'actual règim jurídic o resoldre conflictes que s'han detectat a la pràctica, com el tema del Règim dels Béns públics i privats municipals adscrits als Serveis Públics, o la naturalesa de l'acte concessional dels béns.

Esperem que la lectura d'aquests estudis tècnics, conjunta-ment amb els treballs ja publicats en els anteriors cinc volums dels Documents de Treball per a la Carta Municipal, puguin facilitar l'anàlisi d'algunes matèries que s'han de regular en la futura Carta Municipal de Barcelona.

Barcelona, juny 1989.

Guerau Ruiz Pena

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA
POTESTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL
EN LA FUTURA CARTA MUNICIPAL
DE BARCELONA

Antonio EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA
POTESTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL
EN LA FUTURA CARTA MUNICIPAL
DE BARCELONA

Antonio EMILIO IRULO
Catedrático de Derecho Administrativo

I) ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Barcelona pretende conseguir una Ley especial para el Municipio (en adelante en este dictamen denominada Carta municipal, en la que se contemple la posibilidad de un régimen organizativo, competencial y hacendístico distinto al general regulado por la Ley. El fundamento material para dicha pretensión estriba en el carácter de gran ciudad que tiene Barcelona así como, igualmente, en la cierta tradición existente de diferenciación plasmada en su momento en una propia Carta municipal (aprobada por Decreto 1166/1960, de 23 de mayo) y también, aunque desde distinto punto de vista, en una normativa urbanística y de provisión de servicios que dio lugar al nacimiento de una Entidad Municipal Metropolitana (aprobada por D.L. 5/1974, de 24 de agosto, con antecedentes en la Ley de 3 de diciembre de 1953). Dicha normativa en lo que se refiere al régimen de Carta está todavía formalmente vigente en virtud de lo preceptuado por la disposición adicional sexta párrafo segundo, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y, en lo que a la normativa autonómica se refiere, por la disposición transitoria primera 1 de la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local de Cataluña. La Entidad Municipal Metropolitana ha desaparecido, sin embargo, por la acción de la Ley 7/1987, de 4 de abril, del Parlamento de Cataluña, por la que se establecen y regulan actuaciones públicas especiales en la conurbación de Barcelona y en las comarcas comprendidas dentro de su zona de influencia directa.

El fundamento formal para esta pretensión tiene un apoyo débil en la legislación estatal en la referencia del art. 30 LRRL a regímenes especiales para Municipios «que reúnan otras características que lo hagan aconsejable» y mucho más claro en el art. 75 de la Ley catalana citada que prevé la existencia de un régimen jurídico especial para el Municipio de Barcelona «establecido por Ley» encomendándose, como parece lógico dado el autor de la Ley, al Parlamento de Cataluña la redacción de esa Ley (disposición transitoria primera.).

El presente Dictamen va a versar sobre el régimen jurídico de la potestad reglamentaria municipal dentro de esa futura Carta. Son presupuestos necesarios de este Dictamen los objetivos que el propio Ayuntamiento pretende que se consigan en esa Carta municipal y que más claramente afectan a la potestad normativa municipal tales como un modelo organizativo que configure el Pleno como un órgano político con potestad normativa, el reconocimiento de la descentralización en los distritos considerados como órganos políticos de representación, la pretensión de establecer una normativa específica para el personal al servicio de la Administración Local, la ampliación de las competencias municipales y su fijación concreta en el texto de la Carta. La previsión de un nuevo régimen de ordenación urbanística que permita la supresión de controles administrativos sobre el planeamiento, la simplificación del sistema tributario y el facilitar la información y participación ciudadana.

Igualmente este Dictamen se formula en un momento temporal en el que existe ya un conjunto de trabajos que forman una apreciable aportación para la redacción de la futura Carta. En particular, en la redacción del Dictamen se ha tenido en cuenta -como se observará con la lectura y cita particular- la fundamental opción sobre el procedimiento a seguir en la elaboración y aprobación del régimen de Carta que debe conjugar la intervención de las Cortes Generales y del Parlamento de Cataluña como, con maestría, ha estudiado el profesor Muñoz Machado.

II) LA POTESTAD REGLAMENTARIA REFLEJO DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU CONFIGURACIÓN EN EL CONTEXTO DE UN RÉGIMEN DE CARTA

Aún cuando estemos ante una cuestión más que conocida y sobre la que abundantes ríos de tinta se han vertido dentro del estudio del régimen local español como es la garantía constitucional de autonomía, es necesario en el pórtico de un estudio sobre la potestad reglamentaria municipal, centrar una serie de ideas fundamentales generales y relacionarlas con el supuesto específico del que debemos ocuparnos, una Carta municipal específica para la ciudad de Barcelona.

Es una realidad suficientemente destacada la del escaso número de preceptos y, también, de decisiones relativas a la Administración Local en nuestra Constitución. Pero también

es una realidad, que en esos escasos preceptos se encuentra condensada una doctrina precisa sobre la posición de la Administración Local y sus características: el reconocimiento de Corporaciones públicas territoriales y su tipología (arts. 140 y 141), el carácter representativo de estas corporaciones (art. 140), el principio de suficiencia de las Haciendas Locales (art. 142) y, sobre todo, la declaración de que los Municipios y las Provincias gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (arts. 137 en lo referente a la autonomía para Municipios, Provincias y Comunidades Autónomas y 140 sólo para los Municipios).

Esta declaración de garantía constitucional de autonomía ha dado lugar, ni más ni menos que a la fundamentación del entero régimen de la Administración Local española sobre la misma. Para ello se ha aceptado por nuestro Tribunal constitucional la doctrina alemana de la garantía institucional (creada en su origen por C. SCHMITT), tamizada en cuanto a su aplicación a la autonomía local por la aportación de J. BURMEISTER. Los trabajos de L. PAREJO (Garantía institucional y autonomías locales, ed. IEAL, Madrid, 1981) y uno propio (Autonomía municipal y Constitución: aproximación al concepto y significado de la declaración constitucional de autonomía municipal, REDA 30, 1981) señalaron las ventajas teóricas de la construcción alemana indicando, al mismo tiempo, los inconvenientes de otro tipo de interpretaciones como las que apuntaban en una de las primeras Sentencias del Tribunal Constitucional, la 4/1981, de 2 de febrero, donde todavía afloraba una vieja concepción consistente en identificar autonomía con ámbito de competencias propias y exclusivas y no, como será el mérito de la nueva aportación, con, fundamentalmente, derecho de intervención en cuantos asuntos sean de interés local y en función de ese mismo interés. La LRRL de 1985, es tributaria, como decimos, de la nueva aportación, del concepto de la autonomía municipal entendido como garantía institucional que había sido aceptado por el Tribunal Constitucional con ocasión de su Sentencia de 28 de julio de 1981.

Pues bien, lo que me importa ahora resaltar es que con arreglo a cualquiera de las formas como se quiera entender el concepto y el significado de la autonomía municipal, la potestad reglamentaria municipal ha estado siempre unida al concepto y al entendimiento de esa autonomía municipal hasta el punto de ser, como reza el título de este apartado, un reflejo de la misma. Recordemos, a estos efectos, cómo el

Tribunal Constitucional en su sentencia 4/1981, de 2 de febrero, después de indicar que en un sistema de autonomía local declarado constitucionalmente, los controles de legalidad no son incompatibles con la declaración pero sí los controles genéricos o indeterminados, que los controles de oportunidad son también incompatibles con la autonomía municipal a no ser que pudieran fundarse en la misma Constitución, aplica esta doctrina a los controles previstos en la Ley de Régimen Local entonces vigente para las Ordenanzas de Policía y Buen Gobierno (art. 110) y para las ordenanzas de exacciones (art. 723.4.b). El Tribunal resalta la constitucionalidad de los controles establecidos por la legislación ya derogada, con las siguientes palabras:

«El artículo 110 de la Ley de Régimen Local no puede calificarse de opuesto a la Constitución. La competencia atribuida al Gobernador en relación a las Ordenanzas y Reglamentos municipales se concreta en un control de legalidad y de alcance limitado, ya que la suspensión tiene carácter provisional hasta tanto decida la jurisdicción contencioso-administrativa» (fundamento jurídico 12.c).

«El artículo 723.4.b) de la Ley de Régimen Local establece un control de legalidad en materia de imposición de nuevas exacciones y de aprobación o modificación de las Ordenanzas correspondientes. Por ello, de acuerdo con las consideraciones generales del epígrafe anterior, no puede calificarse de opuesto a la Constitución dado, además, que el poder tributario de las Corporaciones Locales tiene carácter derivado, de acuerdo con el artículo 133.1 y 2 de la Constitución.»

Afirmación de constitucionalidad que en lo que se refiere al art. 110 LRL versa sobre unos poderes de suspensión que posee el Gobernador Civil. Hoy esos poderes y cualesquiera otros de las autoridades administrativas tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas que impliquen la suspensión de actos de las Corporaciones locales, han desaparecido en su práctica totalidad (excepto el supuesto extraordinario del art. 67 LRRL), y la actuación de las Corporaciones Locales se desarrolla sometida a controles que en casi su totalidad son judiciales. Más adelante tendremos ocasión de hablar pormenorizadamente de ello en relación a las formas de control sobre las Ordenanzas y Reglamentos municipales, pero ahora es el momento de anticipar, también, cómo el Tribunal

Constitucional ha aplicado esa supresión de poderes de suspensión, contenida en una ley básica, a preceptos de legislación de Comunidades Autónomas que establecían poderes de suspensión sobre acuerdos de Corporaciones Locales, para postular su inconstitucionalidad. Lo que era constitucional para el Tribunal en 1981, se convierte en inconstitucional tras la LRBRL de 1985. Ello, como es obvio, no es una incoherencia sino sólo una consecuencia de la composición del bloque de la constitucionalidad en nuestro ordenamiento, del parámetro conforme al cual el Tribunal establece su doctrina sobre la constitucionalidad (art. 28 de la L.O.T.C. singularmente).

Unión en la primera jurisprudencia constitucional entre autonomía y potestad reglamentaria y los controles establecidos sobre ella. Pero unión también ineludible y permanente entre autonomía y reconocimiento de una potestad reglamentaria a los órganos de los que se predica esa autonomía como consecuencia tanto de la etimología de la palabra, como del entendimiento y del precipitado histórico consiguiente del significado de la autonomía municipal, como del mismo -y es el dato más importante- contenido constitucional que debe darse a la autonomía. La autonomía municipal no implicará por tanto, solamente, un derecho de intervención en asuntos locales (traducido en las correspondientes competencias), una exigencia de representatividad de autoridades, una ausencia de compulsiones o injerencias de otras autoridades, una capacidad consiguiente de libre decisión en el ámbito competencial determinado, una garantía de suficiencia de recursos financieros sino, también, la posibilidad de cooperar a la formación del propio ordenamiento jurídico mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria. Esto es algo establecido teóricamente de forma absoluta desde la básica construcción de SANTI ROMANO y predicable de cualquier ordenamiento constitucional en el que se contenga la declaración de autonomía para los entes locales (Italia, Alemania singularmente y ahora, por supuesto, España).

Quiere ello decir que la existencia de la potestad reglamentaria municipal presenta un directo anclaje constitucional, que es consecuencia de la predicación de la autonomía de los entes locales. Su extensión, su modulación, estará también influida por la garantía constitucional pero articulada, fundamentalmente, por la ley ordinaria correspondiente.

En un sistema constitucional como el nuestro, en el que el

régimen local es una competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas y donde tanto desde el punto de vista orgánico como competencial le corresponde al Estado el establecimiento de una legislación básica de respeto obligado para las Comunidades Autónomas, esa ley ordinaria que determina la extensión y modulación a que antes me refería es, fundamentalmente, la ley básica estatal. En efecto, los preceptos de la LRBRM que tratan directamente de la potestad reglamentaria municipal (entre otros los arts. 20, 49, 70.2 y respecto a las ordenanzas de exacciones los arts. 107 y 111 recientemente derogados por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales) son aplicados directamente en todo el territorio como corresponde a su inordinación en una norma que se pretende básica. Cuando existe una ley municipal de Comunidad Autónoma (como es la Ley 8/1987, de 15 de abril catalana) ésta debe limitarse a reproducir sus preceptos con la inclusión, en su caso, de alguna novedad que no desvirtúe en ningún caso su sistemática (arts. 46, 162, 221 sin que haya referencias en la ley municipal catalana a las ordenanzas de exacciones).

Que hablemos de extensión y modulación de la potestad reglamentaria municipal por la Ley no quiere decir que estemos pensando en una completa subordinación de la potestad reglamentaria municipal a la Ley, en una configuración de las ordenanzas y reglamentos municipales que las haga meramente ejecutoras de lo dispuesto por las Leyes. No, sería equivocado considerar a los reglamentos locales al modo de los reglamentos ejecutivos de las Leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas. Aún cuando no pueda pensarse en que la ordenanza municipal violente lo dispuesto en la Ley, obviamente lo cierto es que la Ley suele dejar al reglamento local un espacio de juego notablemente mayor que el que corresponde en los puros términos de la aplicación de la terminología del reglamento ejecutivo. Ahí reside, precisamente, una de las consecuencias de que el reglamento local proceda de un ente del que se predica, nada menos que constitucionalmente, la característica de la autonomía. Las posibilidades del reglamento orgánico o de las ordenanzas de exacciones, por poner ejemplos significativos, bastan para dar una idea de lo que se quiere decir: en el contenido de la potestad reglamentaria municipal se manifiesta siempre un ámbito de libertad correspondiente con la autonomía constitucional de que goza el ente, que da a la ordenanza respecto de la Ley una mayor libertad de la que le correspondería en los puros términos de la relación dialéctica Ley-Reglamento.

Pero cuando se plantea la creación de un régimen especial de Carta, el fundamento jurídico de la potestad reglamentaria de ese municipio que quiere regirse mediante la Carta puede variar, y puede variar sustancialmente además. No hay que olvidar, a esos efectos, lo que significa en la realidad la Carta: aún cuando no haya que pasar por alto el hecho de la necesaria aprobación de la Carta, mediante Ley, por un órgano «extraño» al municipio, como lo es el Parlamento, está perfectamente incorporada al mundo de conceptos -aún con alguna imperfección sobre la que no hay que insistir-, la idea de que la Carta representa la suprema manifestación de la potestad normativa municipal (las palabras citadas son de ORTIZ DÍAZ). En la recepción moderna de la Carta en nuestro país (el Estatuto Municipal de 1924) la misma idea de expresión suprema de la potestad normativa municipal -que, a esos efectos y, de nuevo, de forma imperfecta, se hace entroncar con los Fueros Municipales- está también más que clara.

Si traigo aquí a colación estas ideas, es para resaltar la realidad de un cambio cualitativo en el planteamiento de ejercicio de la autonomía municipal que representa el establecimiento de un régimen de Carta. Si, aún con aprobación de la Carta por el Parlamento nacional con colaboración del de la Comunidad Autónoma, en el origen de ésta hay un claro ejercicio de una voluntad normativa municipal -como lo prueban todos los trabajos auspiciados por el propio Ayuntamiento barcelonés del que éste es una muestra más-, se comprenderá que esa voluntad normativa no debe agotarse con la promulgación de la Carta. Ésta, por el contrario, debe abrir un mundo de posibilidades a la potestad reglamentaria municipal por pura lógica, por pura consecuencia del ejercicio de la Carta. Si la Carta para una gran ciudad se formula para, entre otras cosas, incrementar las fórmulas de libre disposición, relajando los controles administrativos que aún puedan seguir existiendo amparados por el sistema de la LRBR y normas compatibles con ella, ese mismo relajamiento se traducirá en una mayor libertad formal en la elaboración de las Ordenanzas y Reglamentos municipales.

Pero, a su vez, es un hecho sin contestación el de la profunda conexión entre competencia y ejercicio de la potestad reglamentaria. El art. 55 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (aprobado por R.D. Legislativo 781/1986, de 18 de abril) lo indica con toda claridad al establecer que «en la esfera de su competencia las Entidades Locales podrán aprobar Ordenanzas y

Reglamentos...», continuando, con ello, la dicción del viejo art. 108 de la LRL. Pues bien, si el régimen de Carta para una gran ciudad implica, de suyo, la concesión de unas mayores competencias que las que se poseen en el régimen común, quiere ello decir que desde un punto de vista material se incrementa también el ámbito de posibilidades, y de trascendencia, de las Ordenanzas y Reglamentos municipales en una ciudad regida mediante una Carta como la que se pretende conseguir para Barcelona.

Por último, la elaboración y aprobación de esta Carta puede ser, desde el punto de vista de la potestad reglamentaria municipal, la ocasión inmejorable para llevar a cabo una labor de reforma y mejora técnica del ordenamiento general establecido en la LRBRL y normas de desarrollo para las Ordenanzas y Reglamentos municipales. El régimen jurídico de la potestad reglamentaria municipal en esa normativa no se caracteriza, como trataré de demostrar, por la utilización de una técnica depurada que no de lugar al nacimiento de problemas. En consonancia con todo ello, indicaré estos problemas y las vías de solución que pueden encontrarse en la nueva legislación aprobadora de la Carta para Barcelona.

III) RÉGIMEN JURÍDICO DE LA POTESTAD REGLEMENTARIA MUNICIPAL

Concluido el punto anterior, llega la hora de plantear las cuestiones centrales encuadrables dentro del régimen jurídico de la potestad reglamentaria municipal. Trataré, así, sucesivamente de la terminología a utilizar (A) y de la pluralidad de formas reglamentarias locales (B) con una especial atención a la necesaria distinción entre las ordenanzas y reglamentos locales y los Bandos emitidos por el Alcalde (C); a continuación me referiré a los órganos con potestad reglamentaria y al procedimiento general de elaboración de ordenanzas y reglamentos (D); un apartado especial se dedicará a notar la práctica judicialización del control sobre la potestad reglamentaria municipal y, por supuesto, la consideración del mismo dentro de la Carta municipal (E); a la publicación y entrada en vigor de las ordenanzas y reglamentos se dedicará la siguiente división intentando solucionar allí algunos defectos técnicos existentes en la normativa ahora vigente (F); por fin, se tratará de la infracción a las Ordenanzas y de sus consecuencias (G).

A) ALGUNA CUESTIÓN TERMINOLÓGICA PREVIA EN TORNO
A LA POTESTAD REGLAMENTARIA. LAS ORDENANZAS Y
REGLAMENTOS Y SU RESPECTIVO CONTENIDO

a) La normativa actualmente en vigor usa para designar el poder de emitir reglamentos por parte de las Corporaciones Locales, las expresiones de potestad reglamentaria, potestad de autoorganización y de potestad tributaria (art. 4.1.a) de la LRRL para las potestades reglamentaria y de autoorganización y 4.1.b) para la potestad tributaria). Con estas denominaciones encuadra el poder de elaborar y aprobar ordenanzas de exacciones (potestad tributaria, que comprende también el acuerdo de imposición sobre el tributo correspondiente remitiéndome sobre esa denominación a A. EMBID IRUJO, Ordenanzas y Reglamentos municipales en el Derecho español, ed. IEAL, Madrid, 1978, págs. 416 y ss.), el poder de elaborar y aprobar reglamentos orgánicos (potestad de autoorganización) y el poder de aprobar el resto de formas reglamentarias locales (potestad reglamentaria).

Esta terminología legal me parece sustancialmente correcta. En la doctrina y también en la jurisprudencia se ha acudido en algunas ocasiones a otras denominaciones hablándose de potestad de ordenanza, potestad normativa, poder reglamentario e incluso, con evidente exceso de facultad legislativa (en palabras de autor tan respetable como A. POSADA), pero todas estas expresiones merecen menos respeto técnico que las antes citadas y utilizadas hoy legalmente. En esencia, la potestad reglamentaria designa la facultad de elaborar y aprobar reglamentos, disposiciones de carácter general, y eso es lo que son las Ordenanzas y Reglamentos municipales, cada una de las formas reglamentarias locales. Creo, por tanto, que estas expresiones deben ser conservadas en la Carta Municipal cuando se construya un precepto que resuma las potestades generales del ente local.

b) La utilización tradicional por parte del derecho municipal de las expresiones Ordenanza o Reglamento puede ser problemática y debe aclararse en este lugar. No hay ningún precepto que claramente indique porqué en ocasiones una disposición de carácter general se designa con el título de Ordenanza y, en otras, de Reglamento. Parece que nos encontramos ante una particularidad específica de la Administración Local por cuanto en el derecho del Estado o en el de las distintas Comunidades Autónomas, las disposiciones de carácter general se engloban casi de forma absoluta con la voz

Reglamentos aún cuando, también hay algunas excepciones en las que aparece la voz Ordenanzas (a veces en aprovechamientos forestales) u otra semejante.

En ocasiones se ha pensado que hay un criterio claro de delimitación que indicaría en qué ocasiones debe utilizarse la palabra Ordenanza y en cuáles la de Reglamento. Se ha dicho, así, que la voz Ordenanza designa a las disposiciones de carácter general que tienen vocación de producir efectos cara a terceros, creando derechos y obligaciones, mientras que la palabra Reglamento cubre sólo a las normas de autoorganización, tendentes a producir efectos dentro de la propia organización administrativa local. Quizá el propio artículo 84 de la LRRL está imbuido de esta forma de pensamiento cuando indica que «las Corporaciones locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios; a) Ordenanzas y Bandos...» aún cuando no hay que conceder más importancia a un precepto que tiene, fundamentalmente, una vocación descriptiva con muy escasos efectos jurídicos.

En cualquier caso, esta forma de contemplar las cosas tiene grandes visos de verosimilitud y, normalmente, describe de forma bastante exacta el panorama de la variada normativa de origen municipal por lo que debería de determinar la terminología a usar en la Carta.

No obstante todo ello, es adecuado indicar aquí que hay excepciones, y excepciones notables a lo que se plantea como criterio general. Normalmente para la conservación de esas excepciones la historia jurídica general y, también, la particular del concreto municipio tiene un peso decisivo. Pueden citarse, así, casos en los que la palabra Reglamento designa normas con efectos respecto a terceros (reglamentos de servicios municipalizados, reglamentos de sanidad) y no veo motivos para que no se conservaran esas denominaciones en el cuerpo de una Carta que, por supuesto, tiene legitimidad más que suficiente para cambiar tradiciones y nombres.

De la misma forma, y aunque el poder jurídico no se niegue, no es razonable que se hablara en la Carta de «Reglamentos de policía y buen gobierno» o de «Reglamentos fiscales». La denominación tradicional de Ordenanzas para estas materias, tiene más que ganado su derecho a pervivir.

B) LA PLURALIDAD DE FORMAS
REGLAMENTARIAS LOCALES

La lectura del punto anterior informa ya suficientemente de lo que aparece escuetamente indicado en este epígrafe: la pluralidad de formas reglamentarias locales. Efectivamente, se da hoy en día en la teoría legal y, sobre todo, en la práctica de nuestros municipios una variedad prácticamente inabarcable de formas reglamentarias locales. Las tradicionales «ordenanzas de policía y buen gobierno» municipales, concebidas históricamente como cuerpo único donde se condensaba toda la normativa aplicable a la ciudad (de policía, seguridad, construcción, sanitarias, de higiene, fiscales...) se comenzaron a descomponer en un proceso iniciado a mitades del siglo pasado en una pluralidad de formas reglamentarias locales dividida según su contenido y finalidad, que hace que hoy sean multitud las normas aplicables en un municipio. La complejidad de la vida moderna con la apertura de nuevos campos de intervención a las Administraciones Públicas y, sobre todo, la centralización operada desde el Poder del Estado con la aparición de leyes sectoriales vinculantes para los Municipios en sectores donde éstos operaban -si lo hacían- antes libremente, y la consiguiente previsión en esas leyes sectoriales de normas municipales sometidas a procesos de control de centralización creciente, son la causa de la pluralidad existente hoy, en un camino normativo suficientemente estudiado y en el que no es preciso insistir a los efectos del presente Dictamen (me remito in totum a mi libro Ordenanzas... ya citado).

Pues bien, lo que ahora importa establecer a los efectos de la redacción de una Carta municipal es lo siguiente: sería un error intentar contener en la Carta una enumeración de formas reglamentarias municipales partiendo de las ahora existentes en el Municipio de Barcelona. Tal enumeración podría interpretarse como exhaustiva, lo que en el futuro podría causar problemas a la hora de responder con el derecho a lo que se consideraran nuevas necesidades sociales. Es, por el contrario, mejor enumerar y regular las formas reglamentarias más importantes (policía y buen gobierno, exacciones, construcción...) y prever la posibilidad de emanación de otros reglamentos locales según pueda disponer la normativa sectorial. Todos ellos deberían quedar sometidos a unas reglas comunes de elaboración con independencia de que se pudieran establecer algunas particularidades justificadas por su objeto. Del procedimiento hablaré más tarde.

Pero, igualmente, es un error la dispersión ilimitada de las formas reglamentarias locales y su falta de consideración sistemática en el cuerpo de una Ley municipal -como sería la Carta- al estilo de lo que ahora sucede en la LRBRL. Esto va a ser una insistencia a lo largo del Dictamen y, por supuesto, será reflejado en las conclusiones, pero ahora es el momento apropiado para que se hable de ello por primera vez: la Carta municipal tiene que contener una división específica (Capítulo, Sección u otra división sistemática que ahora sería prematuro precisar) destinada a contemplar de forma unitaria el fenómeno de la producción normativa municipal. No existe esa división en la LRBRL con lo que se ha roto una tradición que existía en nuestras Leyes municipales y, al mismo tiempo y al margen de las infidelidades históricas, se ha producido el hecho perturbador de contemplar a las Ordenanzas incluídas dentro del hecho perturbador de contemplar a las Ordenanzas incluídas dentro del «régimen de funcionamiento» (como sucede en el artículo 49), o de la «información y participación ciudadana» (como sucede con el art. 70) y, sobre todo, no se tiene claro de qué formas reglamentarias se está hablando en estos preceptos cuando en otros artículos se habla de las de exacciones (arts. 107 y 111 y ahora en la nueva Ley 39/1988), de las de aprovechamientos especiales de bienes comunales (art. 75-4 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local) y de las de construcción no hay menciones específicas en la LRBRL donde solo se contemplan las normas urbanísticas de los Planes (art. 70), por no mencionar más que algunos defectos derivados de la falta de contemplación sistemática de la potestad reglamentaria municipal que, además, produce dificultades de interpretación como tendremos ocasión de contemplar repetidamente.

La Carta municipal, por el contrario, debería contener una división específica para las Ordenanzas y Reglamentos municipales, donde se hablara ejemplificativamente de las más importantes y se remitiera, en su caso, a lugares determinados de la propia Carta para más concrecciones. Una división específica donde apareciera el procedimiento de elaboración, de aprobación, de publicación y entrada en vigor. Su relación, también, con el derecho del Estado y de la Comunidad Autónoma. Las consecuencias de su violación, por último. Esta forma de proceder no se opondría a la realidad de la pluralidad de formas normativas locales, sino que la reconocería desde el principio y reconduciría los rasgos más elementales de su régimen jurídico a la unidad. A su vez, es

posible que en el futuro ello indujera al órgano pleno poseedor de la potestad reglamentaria a un uso sistemático y unitario en la medida de lo posible, de esa potestad que simplificara las formas reglamentarias agrupándolas en cuerpos únicos por proximidad temática, por su relación, también, con la normativa del Estado o de la Comunidad Autónoma que debieran desarrollar, en su caso.

C) LA DISTINCIÓN DE LAS ORDENANZAS Y
REGLAMENTOS MUNICIPALES CON LOS BANDOS

Una vez sentados unos principios generales sobre la terminología a utilizar y consiguientemente también, sobre el tratamiento sistemático de la potestad reglamentaria municipal, conviene referirse brevemente a la distinción entre las formas reglamentarias locales, las Ordenanzas y los Reglamentos, y los Bandos dictados por el Alcalde. La razón de ser de este punto estriba en algunas confusiones que, aún dogmáticamente solucionadas, afloran repetidamente en la jurisprudencia con lo que se produce la necesidad de establecer algún criterio general en el cuerpo de la Carta municipal que evite problemas futuros.

En la LRBRL los Bandos del Alcalde tienen un tratamiento muy esquemático. Aparecen, como es lógico, entre las atribuciones del Alcalde (art. 21.1.e) y, también, al lado de las Ordenanzas municipales como una de las formas de intervenir en la actividad de los ciudadanos (art. 84.1.a).

Esta última proximidad con las Ordenanzas, con los reglamentos locales, puede ser un reflejo y, a la vez, una de las causas de los problemas que notamos. En efecto, en algunas ocasiones ciertos Alcaldes sienten la tentación de establecer derecho, disposiciones de carácter general, preceptos que se incorporan al Ordenamiento jurídico, en sus Bandos. En otras, Bandos que no contienen más que un recordatorio de obligaciones jurídicas impuestas por Ordenanzas o son, a su vez, desarrollo autorizado por las Ordenanzas de alguna de sus especificaciones, son impugnados ante los Tribunales por inmiscuirse -según los recurrentes- en el ámbito reservado a la competencia del Pleno municipal, el establecimiento de Derecho.

Ante esta cuestión debe establecerse con toda rotundidad la imposibilidad de que, según el Derecho vigente, en los Ban-

dos -o en documentos de naturaleza semejante, como los Decretos de Alcaldía- se establezcan disposiciones de carácter general. Ello es una atribución reservada al Pleno municipal que la ejercita mediante la aprobación de Ordenanzas y Reglamentos. La competencia de los Alcaldes de dictar Bandos puede tener la finalidad de recordar ciertas obligaciones periódicas establecidas por el derecho vigente o la de aplicar las Ordenanzas en la forma prevista por ellas. Solo en casos de extrema necesidad podrían los Bandos del Alcalde contener disposiciones de carácter general y ello con la carga de dar cuenta inmediata al Pleno, lo que nos sitúa ante lo que en la doctrina es conocido como los «reglamentos de necesidad» y que, en virtud de esa necesidad, pueden excepcionar las reglas normales de la competencia y de la jerarquía normativa (art. 21.1.g) LRBRL). Pero, insistimos, en el resto de los casos el Bando tiene unas claras limitaciones siendo la actividad de creación jurídica reservada en la LRBRL al Ayuntamiento pleno.

Como indico, ello está plenamente asumido por la jurisprudencia y, normalmente, se recuerda a estos efectos la clara doctrina establecida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1977, Arz. 473. En el mismo sentido, una más reciente Sentencia del Tribunal Supremo, la de 24 de octubre de 1986, Arz. 892, repite la doctrina tradicional pero ahora referida -y es lo que nos interesa- a una Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona, la de Publicidad (aprobada el 23 de junio de 1979) que autorizaba en uno de sus preceptos al Alcalde para que, oídas las Juntas municipales, pudiese fijar con carácter general las zonas o lugares donde se limitase total o parcialmente la actividad publicitaria, lo que el Alcalde había hecho por un Decreto. Pues bien, el recurrente reprochaba a este Decreto que se inmiscuía en el ámbito de competencias reservado al Pleno en cuanto que, según el recurrente, con el mismo se establecía derecho. El Tribunal Supremo va a reiterar la doctrina tradicional sobre la consideración del Bando (el Decreto tiene la misma naturaleza) como documento que no puede crear Derecho -lo que no sucede en el caso, desde luego- pero que sí puede estar directamente vinculado a la Ordenanza, cumpliendo especificaciones de la misma que pueden llegar, por autorización de la misma Ordenanza, a crear obligaciones o restringir derechos. El tema es interesante en cuanto que nos conecta de lleno con una cuestión que trataremos en el siguiente punto, como es la de los órganos que, por encargo del Pleno, pueden ejercitar ciertas facul-

tades normativas o de desarrollo de la norma. Veamos las palabras del Supremo:

«Ya en este punto será de indicar que la potestad municipal de dictar Ordenanzas corresponde al Ayuntamiento Pleno (...) nuestra jurisprudencia venía declarando no delegable esta competencia (...) doctrina plenamente aplicable después de la Constitución (...) Por otra parte será preciso recordar que es competencia de los Alcaldes dictar Bandos (...). La jurisprudencia ha perfilado las características de los Bandos, atribuyéndoles cuestiones de tono menor, de carácter instrumental, como son las relativas a la fijación de los «lugares en que se llevarán a cabo determinadas actuaciones o prestaciones». Esto es justamente lo que ocurrió en el supuesto de estos autos: el Pleno autorizaba a la Alcaldía para fijar zonas o lugares determinados en los que se limitase el ejercicio de actividades publicitarias. Con ello el Pleno, más que delegar competencias en el Alcalde, utilizaba una técnica de colaboración con otro órgano municipal que por estar habilitado legalmente para dictar Bandos podía fijar «los lugares en que se llevarían a cabo determinadas actividades». La norma a dictar por el Alcalde venía a ser un complemento de la Ordenanza, complemento éste que, por razón de su contenido - fijación de lugares - podía incluirse dentro del sentido instrumental de los Bandos que son competencia de la Alcaldía, lo que implica la validez del decreto objeto de impugnación indirecta en estos autos.»

D) EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE ORDENANZAS Y REGLAMENTOS MUNICIPALES. ÓRGANOS CON POTESTAD REGLAMENTARIA Y QUÓRUMS ESPECÍFICOS

La LRRL contiene en el art. 49 un procedimiento de elaboración y aprobación de las Ordenanzas municipales que tiene las siguientes fases:

- Aprobación inicial por el Pleno.
- Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.
- Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias pre-

sentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.

Con casi idénticas palabras regula el procedimiento de elaboración y aprobación de ordenanzas y reglamentos locales el art. 162.2 de la Ley Municipal Catalana.

La primera cuestión que sugiere la lectura de los preceptos citados es la constatación de una aparente voluntad de uniformización en el procedimiento administrativo de elaboración de las Ordenanzas. Esta impresión es, sin embargo, equivocada. La misma LRBRL contiene normas diversas en relación a las ordenanzas de exacciones (vid. así, la nueva redacción del art. 111 hecha por la Ley 39/1988), de la misma manera que normas diversas existen en el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (vid. art. 75-4 para las ordenanzas de aprovechamientos especiales de bienes comunales) y, por supuesto, hay regímenes distintos en normas especiales, sectoriales, de las que el ejemplo más notorio es la Ley del Suelo y su particular procedimiento de aprobación de las Ordenanzas de edificación y uso del suelo.

No hay, por tanto, tal uniformización general del procedimiento y una de las primeras conclusiones positivas a sacar es la necesidad de que el futuro precepto que en la Carta barcelonesa regule el procedimiento de elaboración y aprobación de ordenanzas, indique su ámbito material de extensión y las excepciones que a ese procedimiento puedan existir en leyes sectoriales o, incluso, en el cuerpo de la propia ley aprobadora de la Carta.

Pasando, ya, a las fases del procedimiento hemos de notar cómo la primera regulada es la aprobación inicial por parte del Pleno municipal. La primera previsión, por tanto, es la de una intervención administrativa operando, se supone, sobre una actividad administrativa previa de formación de la Ordenanza. No hay formalmente, por tanto, ninguna previsión de iniciativa ciudadana, vecinal, que pudiera presentar un proyecto de ordenanza al Ayuntamiento para su tramitación administrativa y posterior aprobación. Esta iniciativa vecinal pienso que podría contenerse en la Carta barcelonesa y para ello pueden aportarse los siguientes argumentos favorables:

- a) Es el primero el del cumplimiento de uno de los objetivos políticos a cumplir por la Carta reseñado en los antece-

dentados del presente Dictamen: el surgimiento de una normativa que haga posible -se supone que en mayor medida que en el derecho general- la información y participación ciudadana en las tareas municipales. Una de las modalidades que podría tener esta participación ciudadana, sería un derecho de iniciativa en la formulación de las ordenanzas y reglamentos municipales o al menos, como luego se precisará, en algunos de ellos.

b) En algún sector del ordenamiento jurídico general está prevista la iniciativa ciudadana en la formulación de instrumentos de naturaleza reglamentaria. Estoy pensando en el derecho de iniciativa contenido en el art. 52.1 de la Ley del Suelo que da a las personas privadas la posibilidad de formar Planes Municipales, Especiales y Proyectos de Urbanización. No es necesario insistir aquí en la naturaleza reglamentaria de los dos primeros instrumentos ni, tampoco, en la de las Normas urbanísticas y Ordenanzas que como documentos necesarios deben de acompañar a esos Planes (arts. 12.3 y 13.3 de la Ley del Suelo). Esta cita es bien representativa, por tanto, de lo fundado de ese derecho de iniciativa que solo supondría extender los principios del ordenamiento urbanístico citado a otras formas reglamentarias.

c) La iniciativa aquí dicha tendría un paralelismo bastante marcado con el derecho de iniciativa legislativa popular regulado en la Constitución (art. 87-3), en su normativa de desarrollo (L.O. 3/1984, de 28 de marzo, reguladora de la iniciativa legislativa popular) y, también, en los sistemas jurídicos de bastantes Comunidades Autónomas (vid. las referencias en A. EMBID IRUJO, Los Parlamentos territoriales, editorial Tecnos, Madrid, 1987, página 169).

d) Por fin, este tipo de iniciativa sería también congruente con la normativa general de información y participación ciudadana contenida en los arts. 69 y ss. LRRL y 139 y ss. de la Ley municipal catalana donde el instrumento de la consulta popular, del referéndum municipal, alcanza una significación notable como ratificación efectiva por los vecinos de determinadas medidas municipales. Que quien puede decir la última palabra sobre determinados asuntos, vea también conferido un derecho a formular iniciativas no es, en modo alguno, una inconsecuencia sino todo lo contrario.

La previsión de este derecho de iniciativa obligaría a una reglamentación detallada de su ejercicio. Este podría perfectamente encomendarse por la Carta a una Ordenanza municipal específica que debiera respetar una serie de principios generales contenidos en la misma Carta y que deberían referirse a:

- Materias excluidas del ejercicio de la iniciativa entre las que deberían incluirse las que estuvieran al margen de la competencia municipal específicamente establecida en la Carta y las relativas al orden tributario.
- Número mínimo de ciudadanos que deberían avalar esta iniciativa y competencia del Pleno para calificar inicialmente su tramitación.
- Posibilidad de intervención de una representación vecinal durante la tramitación del texto reglamentario.

La siguiente fase prevista en la normativa general es la de la información pública general (para todos los vecinos) y la específica audiencia para los interesados (vid. la concreción singular sobre qué se entiende por interesados en el procedimiento de aprobación de las Ordenanzas de exacciones en el artículo 18 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales). Tras la práctica de la misma tiene lugar la resolución de todas las reclamaciones y sugerencias y la aprobación definitiva por el Pleno. En el procedimiento de aprobación de ordenanzas de exacciones, si no hay reclamaciones se entiende definitivamente aprobado el acuerdo inicial hasta entonces provisional, art. 17.3 de la Ley 39/1988 citada.

Una modificación que podría introducirse, congruente con el principio general de favorecer la información y participación ciudadana y coherente, también, con lo establecido en el ordenamiento jurídico urbanístico, sería la obligación de practicar otra información pública si como consecuencia de la aceptación de las alegaciones o reclamaciones variara sustancialmente el contenido de la Ordenanza.

Hay que reflexionar, por último, en el significado de la atribución de la potestad reglamentaria, de la capacidad de aprobar definitivamente la Ordenanza o el Reglamento por parte del Pleno. Esta atribución no sólo se contiene en el art. 49 de la LRBRL aplicable al ámbito material reglamenta-

rio correspondiente sino, lo que es más notable, también en el precepto donde se narran las atribuciones del Pleno. El art. 22 de la LRBRL le da, así al Pleno la competencia para:

- la aprobación de los planes y demás instrumentos de ordenación y gestión previstos en la legislación urbanística (párrafo c).
- la aprobación del Reglamento orgánico y de las Ordenanzas (párrafo d).
- la determinación de los recursos propios de carácter tributario (párrafo e), llevando esta determinación normalmente consigo la reglamentación en forma de Ordenanza y
- la aprobación de las formas de gestión de los servicios (párrafo e), normalmente unidas también a una reglamentación.

Las cuatro competencias no son delegables en ningún órgano municipal en función de lo preceptuado por el art. 23.2.b) LRBRL (Vid. en la Ley catalana las competencias del Pleno en el art. 50 y la prohibición de delegación en el 52.2.b).

Esta regulación general que supone la atribución al Pleno de la potestad reglamentaria es congruente con el objetivo general que preside la elaboración de la Carta barcelonesa de configurar el Pleno como un órgano político con potestad normativa. Ahora bien, no creo que sea una incongruencia prever la posibilidad del ejercicio de una cierta facultad normativa tanto por parte de los órganos representativos de los Distritos como por el Alcalde. Esta facultad podría provenir tanto de una admisión en la Carta de la delegación normativa del Pleno para ciertas materias, como de la remisión específica que en determinadas Ordenanzas o Reglamentos se contuviera. En este último caso, no debiera existir en la Carta precepto que directa, o indirectamente, pudiera impedir esa actuación.

Con esta previsión podría atenderse a otro de los objetivos de la Carta especificados al comienzo del Dictamen en los Antecedentes: el reconocimiento de los Distritos como órganos políticos y de representación. También sería adecuada para afrontar problemas limitados territorialmente, que pueden tener una solución correcta a nivel de distrito sin

que sea necesario atribuir obligadamente la reglamentación al Pleno. Por otra parte parece obvio que al margen del mecanismo de la delegación de competencia, la misma Ordenanza mediante la técnica de la remisión, podría atribuir al órgano representativo del Distrito o a la Alcaldía, la posibilidad de desarrollo o de concreción de algunos de sus preceptos a situaciones particularse o a ámbitos territoriales limitados. Son dos alternativas distintas: la primera necesita contemplación específica en la Carta y su aplicación a una materia determinada por el Pleno; la segunda solamente de la previsión en una Ordenanza o Reglamento y de su uso por el órgano autorizado, al modo como un Reglamento del Consejo de Ministros autoriza su desarrollo por un Ministro. El mecanismo de la delegación, si por esa alternativa se optara, exigiría la concreción en la Carta del régimen jurídico general de la delegación.

Por fin, es el momento de tratar la cuestión de los quórum exigidos para la aprobación de las Ordenanzas y Reglamentos municipales. La LRBRL parte de la presunción de que los acuerdos de las Corporaciones Locales se adoptan por mayoría simple de los miembros presentes, existiendo la mayoría simple cuando los votos afirmativos son más que los negativos (art. 47.1). Sin embargo, en algunos acuerdos son necesarias mayorías específicas. En lo que hace referencia a la potestad reglamentaria municipal se exige el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación para la:

- aprobación y modificación del Reglamento Orgánico propio de la Corporación (art. 47.3.a).
- ordenación de los recursos propios de carácter tributario (art. 47.3.h) y
- planes e instrumentos de ordenación urbanística (art. 47.3.i)

La referencia a los Planes urbanísticos (debe tenerse en cuenta que las Ordenanzas generales de edificación y uso del suelo no son, propiamente hablando, instrumentos de ordenación urbanística, sobre ello me remito a lo que se dice en el punto VII) y a las ordenanzas de exacciones goza de una cierta tradición en nuestro derecho local y deriva, sin duda, de la transcendencia de estos instrumentos en relación a los derechos y obligaciones del vecino. Sin duda, es esa misma

transcendencia con la particular posición que en el ordenamiento jurídico tiene el Reglamento orgánico, la que lleva ahora a predicar para el mismo la mayoría absoluta. Estos porcentajes podrían respetarse también en la Carta de Barcelona y, quizá, conviniera advertir en la misma que la mayoría absoluta exigida para el acuerdo final de aprobación de una Ordenanza o Reglamento, debe existir también en las fases iniciales de su tramitación (aprobación inicial).

E) EL CONTROL SOBRE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL

Este punto, auténticamente fundamental para la configuración de la potestad reglamentaria municipal, voy a tratarlo distinguiendo varias posibles situaciones en el procedimiento de elaboración y aprobación de las Ordenanzas y Reglamentos municipales. En primer lugar y tras una necesaria introducción me referiré a la imposibilidad de un control por parte de otras Administraciones que se tradujera en actos de suspensión de los acuerdos municipales aprobatorios de las Ordenanzas y Reglamentos (1); a continuación trataré de los mecanismos aprobatorios de los acuerdos municipales sobre Ordenanzas y Reglamentos y de la necesidad de suprimirlos, o desde luego, de convertirlos en instrumentos de mero control de legalidad (2); posteriormente desarrollaré el problema de la existencia de informes de otras Administraciones en el procedimiento de elaboración de Ordenanzas y Reglamentos y de su licitud excluido el caso de que estos informes pretendan ser vinculantes (3); por fin, plantearé el caso particular de ejercicio de competencias delegadas por parte del Ayuntamiento de Barcelona (4).

1. Introducción. La abolición por la normativa básica estatal de la suspensión de acuerdos municipales. Su reflejo sobre las Ordenanzas y Reglamentos. Las precauciones a adoptar por la Carta Municipal.

El control sobre los acuerdos de aprobación de Ordenanzas y Reglamentos es una cuestión claramente dependiente de la configuración general del control sobre los acuerdos de las Corporaciones Locales. Hay y ha habido siempre congruencia, entre las características generales del control sobre los acuerdos municipales, y el existente sobre la potestad reglamentaria municipal. Hablar del primero y narrar sus características supone también, normalmente, referir las sin-

gularidades más notables del control sobre las Ordenanzas y Reglamentos.

Así pues, y dentro de esta idea general, lo primero que debe notarse es que aún cuando el Tribunal Constitucional en su Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, sancionó la constitucionalidad del procedimiento de control administrativo sobre las Ordenanzas y Reglamentos municipales que suponía la existencia de aprobaciones y, también, la posibilidad de suspensión de acuerdos municipales aprobatorios de Ordenanzas, lo cierto es que la normativa posterior centrada, fundamentalmente, en la LRBRL ha llevado a cabo un muy notable proceso de relajación de controles sobre los acuerdos locales en general, suprimiendo casi de forma absoluta las posibilidades de suspensión y restringiendo, también, los actos sometidos a aprobación para ser ejecutivos. Obviamente, si eso ha sucedido para los acuerdos locales en general, podemos pensar que lo mismo es predicable hoy para las Ordenanzas.

El art. 49 LRBRL es, así, representativo de cuanto decimos. Tras la aprobación inicial y la información pública y audiencia de los interesados, sigue la aprobación definitiva de la Ordenanza sin que en el cuerpo de este artículo esté prevista un control o tutela de ningún tipo por parte de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas. De forma general sería aplicable también para el objeto de nuestro estudio, lo dispuesto en el art. 51 LRBRL según el cual «los actos de las Entidades locales son inmediatamente ejecutivos, salvo en aquellos casos en que una disposición legal establezca lo contrario o cuando se suspenda su eficacia de acuerdo con la Ley». Remisión por tanto, a normativa legal para la previsión de aquellos casos en que los acuerdos locales precisan de aprobación superior para ser ejecutivos o que puedan ser suspendidos.

Comenzando por esta última previsión, la suspensión de acuerdos locales y su posible aplicación a las Ordenanzas, hay que indicar que en la LRBRL no hay más posibilidad de suspensión de un acuerdo local que aquella que tiene lugar por la acción del Delegado del Gobierno cuando la entidad local «adopta actos o acuerdos que atenten gravemente al interés general de España» (art. 67). La suspensión no es permanente, sino que precisa de la impugnación del acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa en el plazo de diez días para que ésta sea, en su caso, la que ratifique la suspensión mientras se desenvuelve el proceso.

No hay, al margen de éste, más casos de suspensión por acto de una Administración de control sin que debamos ahora plantearnos, tampoco, la misma rareza de una Ordenanza o Reglamento que puede atentar gravemente al interés general de España. Cualquier otra suspensión será judicial, como consecuencia de la impugnación del acuerdo aprobatorio de la Ordenanza o Reglamento ante la jurisdicción contencioso-administrativa sea por la autoridad que tiene legitimación para la impugnación (arts. 65 y 66 LRBRL) o por medio del recurso de un particular interesado (art. 122 LJCA). Cabrá también, no obstante, que la Ordenanza o Reglamento sea objeto de recurso de reposición previo -potestativo, no obligatorio, vid. art. 53 LJCA- y que el Pleno municipal o la autoridad ante la que se ha interpuesto decida suspender la aplicación de la Ordenanza (art. 116 L.P.A.).

La falta de previsiones de suspensión en la LRBRL al ser contenida en una norma básica, se incorpora al núcleo mismo de las relaciones interadministrativas que deben establecerse. El Tribunal Constitucional ha juzgado, así, inconstitucionales normas de las Comunidades Autónomas que disponían poderes de suspensión sobre acuerdos de las Corporaciones Locales de sus respectivos territorios. Inconstitucionales por oponerse, precisamente, a lo que con carácter de básico es derecho de cumplimiento obligatorio por parte de las Comunidades Autónomas. La primera mención constitucional a cuanto decimos se contiene en la Sentencia 27/1987, de 27 de febrero, que trata de la Ley valenciana de coordinación de Diputaciones. Recientemente dos nuevas Sentencias relativas ambas a normativa catalana, siguen la misma tónica. Son la 213/1988, de 11 de noviembre, y la 259/1988, de 22 de diciembre. De la primera de estas sentencias, la 213/1988, resalto por su validez, lo siguiente:

«El legislador estatal, tal y como se explica en el preámbulo de la Ley, ha pretendido con ella desarrollar respecto a la Administración Local el art. 149.1.18 de la Constitución estableciendo las bases del régimen de dicha Administración. Pues bien, los arts. 65 y 66 de la Ley regulan la impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones por parte de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y establecen que la suspensión sólo es potestad de los Tribunales. Queda así suprimida toda potestad de suspender de las autoridades administrativas y gubernativas (salvo la que se confiere al

Delegado del Gobierno en el art. 67). No basta, sin embargo, con que el legislador estatal haya calificado de básica una norma para que deba ser reputada como tal, sino que es preciso que tenga materialmente ese carácter. En el caso ahora examinado resulta que las normas que excluyen del control administrativo los actos y acuerdos de las corporaciones locales tienen la finalidad de asegurar en ese aspecto la autonomía de tales corporaciones, que está garantizada por el art. 137 de la Constitución. Es cierto, como señala el representante del Consejo Ejecutivo de la Generalitat, que este Tribunal ha considerado que los controles administrativos de legalidad no afectaban al núcleo esencial de la garantía institucional de la autonomía de las Corporaciones Locales (STC 4/1981 y posteriores). Pero hay que tener en cuenta que con estas declaraciones el Tribunal Constitucional no pretendía ni podía pretender la determinación concreta del contenido de la autonomía local, sino fijar los límites mínimos en que debía moverse esa autonomía y que no podía traspasar el legislador. Con ello no se impedía que el legislador, en ejercicio de una legítima opción política, ampliase aún más el ámbito de la autonomía local y estableciese con carácter general la desaparición incluso de esos controles, como hace la Ley de 1985. Ahora bien, ejercitada por el legislador estatal la opción política a favor de una regulación claramente favorable a la autonomía en materia de suspensión de acuerdos, la norma correspondiente ha de calificarse de básica también en sentido material por cuanto tiende a asegurar un nivel mínimo de autonomía a todas las Corporaciones Locales en todo el territorio nacional, sea cual sea la Comunidad Autónoma en que estén localizadas, lo que resulta plenamente congruente con la garantía institucional del art. 137 de la Constitución, garantía que opera tanto frente al Estado como frente a los poderes autonómicos».

Del texto anterior resalta claramente la contingencia de la solución adoptada en cuanto se hace depender, exclusivamente, del dictado concreto de un texto como es el de la LRBRL. Ello quiere decir que cualquier norma que, dictada conforme a los criterios constitucionales adecuados, excepcionara la aplicación de la LRBRL podría introducir criterios contrarios en lo que hace referencia al control sobre los acuerdos de las Corporaciones Locales. No es infundado, por ello, advertir que la Ley que previera y regulara la posibilidad de

un régimen especial para Barcelona, en cuanto que excepcionara la aplicación general de la LRBRL podría legítimamente, sin mácula constitucional, introducir controles de suspensión sobre acuerdos de la Corporación municipal barcelonesa. Es evidente que ello contraría los criterios generales sobre los objetivos de esa Carta, tendentes a conseguir el máximo de los ámbitos de libre disposición sobre las propias competencias posibles, pero no debe excluirse la licitud constitucional -conforme a la actual doctrina del Tribunal Constitucional- sobre esa forma de proceder.

Lo aquí dicho es aplicable tanto para las Ordenanzas y Reglamentos municipales como para el resto de acuerdos. Por supuesto que la futura Carta municipal, para ser congruente con sus objetivos y con el actual estadio de la concepción sobre el control de los actos locales, deberá suprimir cualquier posibilidad de suspensión de los acuerdos de aprobación de Ordenanzas y Reglamentos que no provengan de determinación judicial. Ello se deberá hacer indicando que es aplicable tanto para las Ordenanzas y Reglamentos regulados en la propia Carta, como para cualquier otra forma reglamentaria que pueda contenerse en normativa del Estado o de la Comunidad Autónoma. La oportunidad de esta previsión se entenderá perfectamente a la luz de la anterior doctrina del Tribunal Constitucional: con la misma el municipio barcelonés quedaría a cubierto de cualquier cambio en la LRBRL que introdujera la suspensión de acuerdos locales aprobatorios de Ordenanzas o Reglamentos. Las características de la Carta catalana, dictada en excepción de ciertos principios contenidos en la normativa básica, justificarían la permanencia de la actual falta de suspensión.

2. La aprobación de la Comunidad Autónoma sobre las Ordenanzas y reglamentos municipales. El caso de las Ordenanzas de uso del suelo y edificación. La necesidad de supresión de esa aprobación o, en todo caso, de configuración como mero control de legalidad.

Refirámonos, ahora, a otra de las posibilidades de que los acuerdos locales no sean ejecutivos: que precisen aprobación de una autoridad administrativa sea del Estado o de la Comunidad Autónoma. El ejemplo más notable de ello dentro de las formas reglamentarias municipales está constituido por las Ordenanzas de uso del suelo y de edificación que según el art. 42 de la Ley del Suelo tienen un procedimiento de elaboración y de aprobación idéntico al establecido en el art. 41 para los Planes y proyectos, es decir:

- Aprobación inicial por el Ayuntamiento.
- Información pública.
- Aprobación provisional con las modificaciones que procedieren tras la información pública y, por fin,
- Aprobación definitiva por la autoridad de control correspondiente, que tras el proceso de traspaso de funciones y servicios que ha seguido a la promulgación de los Estatutos de Autonomía, es siempre una autoridad de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Estamos, pues, ante un supuesto de aprobación por parte de una autoridad distinta de la municipal de un acuerdo municipal. Éste no es ejecutivo -la Ordenanza no es ejecutiva- en tanto en cuanto no tenga lugar ese acuerdo y, posteriormente, la publicación en el diario oficial correspondiente.

Pues bien, en las perspectivas que se abren a la elaboración y aprobación de una Carta municipal, creo que no caben dudas acerca de la necesidad de configurar la aprobación definitiva como un acto típicamente municipal cesando, así, la actividad de control de la Comunidad Autónoma. Para ello pueden aducirse las siguientes razones:

- a) Es la primera la de la coherencia con el sentido general de los objetivos a cumplir por la Carta municipal: máxima autonomía reforzada, singularmente, en lo que hace referencia a la aprobación de los instrumentos urbanísticos de los que forman parte las Ordenanzas que tratamos.
- b) La segunda razón está extraída de la evolución general que el control de la Administración del Estado -y, posteriormente, el de las Comunidades Autónomas- ha adoptado en relación a los instrumentos urbanísticos municipales. Merece la pena recordar, así, el significado del R.D.L. 16/1981, de 16 de octubre, de adaptación de planes generales de ordenación urbana, que significó la flexibilización de muchos de los controles previstos, con la entrega a los Municipios capitales de provincia o de más de 50.000 habitantes de la capacidad de aprobar los Planes parciales y los especiales que desarrollen y se ajusten a las determinaciones del Plan General. Igualmente dicho R.D. entregaba a los Ayuntamientos la capacidad de aprobar los instrumentos de reparcelación y de compensación

en todo caso, la aprobación definitiva de los proyectos de urbanización si habían otorgado la aprobación inicial y las bases de los concursos para la redacción de Programas de actuación urbanística (del art.5 del RDL citado). Disposiciones semejantes «descentralizadoras» se hallan también en la Ley 3/1984, de 9 de enero, de medidas de adecuación del Ordenamiento Urbanístico de Cataluña.

- c) Podría aducirse, igualmente, una razón de congruencia con el sentido general que ha adoptado el control administrativo sobre la potestad reglamentaria municipal que ha desaparecido excepto en el raro supuesto que regula el art. 67 de la LRRL. Paradójicamente, sin embargo, ese relajamiento que ha afectado a la casi generalidad de las formas reglamentarias municipales, no lo ha hecho a las Ordenanzas generales de uso del suelo y edificación en cuanto que no se ha modificado por el Estado lo previsto en la Ley del Suelo y, tampoco, la Comunidad Autónoma catalana ha usado de su potestad legislativa para adoptar tal medida respecto a estas Ordenanzas.
- d) La entrega al Ayuntamiento de Barcelona de la capacidad de aprobar sus Ordenanzas generales de uso del suelo y de edificación sería, por tanto, congruente con un proceso descentralizador muy claro, y al mismo tiempo, respetuoso con la realidad del hecho de la Carta concedida para la gran ciudad que no puede ver tratados de la misma forma sus instrumentos de ordenación que los de un municipio minúsculo.

La forma de hacer operativa esta idea sería su contemplación en la tantas veces reclamada división específica dentro de la Carta que se refiriera a las Ordenanzas de uso del suelo y edificación sin perjuicio de su remisión, en cuanto a otros aspectos del régimen específico, a la normativa sectorial correspondiente.

En cualquier caso, y si por cualquier motivo no quisiera llegar a contemplarse esta posibilidad, debería quedar muy claro que el control que operara la Comunidad Autónoma en la aprobación de estas Ordenanzas sería sólo de legalidad. A estos efectos no viene mal recordar las posibilidades que el art. 6-5 de la Ley catalana antes citada sobre medidas de adecuación del ordenamiento urbanístico de Cataluña otorga a la autoridad que controle los planes parciales de iniciativa particular y los especiales. Esta autoridad, según la

ley citada, podrá adoptar alguna de las siguientes decisiones:

- aprobar el plan pura y simplemente.
- suspender la aprobación del plan por deficiencias que habrán de ser subsanadas por la corporación o bien por el organismo que ha otorgado la aprobación provisional con posibilidad de subrogación de la comisión de urbanismo correspondiente si en un plazo de tiempo no se corrigen.
- denegar la aprobación definitiva del plan a causa de la alteración sustancial del planeamiento general, del incumplimiento de las determinaciones legales o reglamentarias o de defectos no enmendables en la tramitación. El mismo precepto indica a continuación qué se entiende por alteración sustancial.

3. Los informes de otras Administraciones en el procedimiento de elaboración y aprobación de Ordenanzas y Reglamentos. El caso de las Ordenanzas sobre actividades industriales. La inconstitucionalidad de los informes vinculantes.

Por fin, debemos referirnos aquí a aquellos supuestos en los que en el procedimiento de elaboración y de aprobación de las Ordenanzas se intercala un informe de alguna autoridad no municipal que, en ciertos casos, puede llegar a tener el carácter de vinculante y predeterminar de esa forma el contenido de la potestad reglamentaria municipal.

Las Ordenanzas sobre actividades industriales (por utilizar una rúbrica genérica que encierra numerosas cosas) son la forma reglamentaria en la que estoy pensando al tratar de los informes de otras autoridades - hoy los de la Comunidad Autónoma - que en ciertos casos pueden ser vinculantes. Vinculantes, al menos según un ordenamiento jurídico antiguo, preconstitucional ciertamente y del que pueden caber dudas más que fundadas sobre su adecuación a la Constitución y a la garantía constitucional de la autonomía local allí contenida puesto que llegan a suprimir por completo el ámbito mismo de determinación municipal, precisamente lo más opuesto a la idea de autonomía.

Sin perjuicio de que en otro punto de este dictamen hablemos de estas Ordenanzas con algo más de detenimiento (VIII), voy a recordar ahora simplemente cómo el Reglamento de Activida-

des Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas aprobado por Decreto 2424/1961, de 30 de diciembre, al regular el procedimiento de aprobación de las Ordenanzas municipales sobre estas materias, preveía la existencia de un informe de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos (organismo desaparecido y sus funciones transferidas a las Comunidades Autónomas) que tenía lugar antes de la aprobación definitiva de estas Ordenanzas conforme al sistema de la entonces vigente Ley de Régimen Local. Este informe en sí mismo considerado no plantea ningún tipo de problemas a la hora de la regulación de las Ordenanzas que tratamos puesto que en la sistemática del Reglamento de 1961 -con independencia ahora del escaso rango jerárquico de éste- no vincula la decisión municipal.

Sin embargo, una Orden ministerial posterior de 15 de marzo de 1963 cambiaba la situación al disponer en su artículo 2.º, entre otras cosas, que cuando el informe discrepara del contenido de la Ordenanza, debía «expresar concretamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos objeto de la disconformidad». Eran estas Ordenanzas así redactadas las que se sometían a la consideración de la autoridad de control -el Gobernador Civil- previo informe de los Ayuntamientos afectados.

Pues bien, dicha Orden no ha sido derogada y aún fue revalidada en un primer momento por una Sentencia del Tribunal Supremo que, entre otras cosas, sancionó la legitimidad de este cambio de naturaleza del informe. El recurso fue interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid y fallado por el Tribunal en su sentencia de 12 de noviembre de 1963, Arz. 439.

Con independencia de la casi completa seguridad con que puede afirmarse la inconstitucionalidad de esta regulación y con independencia, también, de diversa normativa producida en algunas Comunidades Autónomas para relajar en este ámbito los controles sobre los Ayuntamientos, debería quedar meridianamente claro en el cuerpo de la Carta la imposibilidad de existencia en el procedimiento de elaboración de cualquier Ordenanza municipal de informes de otras Administraciones que pudieran configurarse por normativa sectorial como vinculantes para el Ayuntamiento. El informe podrá existir e, incluso, es necesario que exista siempre que se traten cuestiones en las que los intereses municipales puedan tener puntos de conflicto con otros superiores, pero revestir al mismo de la capacidad vinculatoria choca contra los princi-

pios con los que se elabora la Carta y, pienso, desde luego también con los constitucionales aunque formalmente se respetara que el acto de aprobación final fuera municipal.

No quiero concluir este punto sin remitirme, para el tratamiento específico de las Ordenanzas industriales, al punto VIII de este DICTAMEN. La utilización de estas Ordenanzas ahora se ha hecho de forma testimonial, tratando de deducir conclusiones generales de la prescripción de un informe que se juzga inadecuado. Otras cuestiones sobre su régimen jurídico, repito, podrán contemplarse en el punto VIII.

4. El control del ejercicio de la potestad reglamentaria en los supuestos de competencias delegadas por la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas.

Lo dicho anteriormente debe ser referido, exclusivamente, a los supuestos de regulación por parte del Ayuntamiento de las competencias que específicamente se atribuyan a Barcelona en la Carta. Pero también es posible que el Municipio reciba por delegación competencias de la Administración del Estado o de la Administración de las Comunidades Autónomas en un proceso de delegación semejante al que de forma general regula el art. 27 de la LRBRL. En estos casos es obvio que el ejercicio de la potestad reglamentaria podría estar sometido a controles de mayor intensidad que los existentes -prácticamente nulos- de forma general.

La «dirección» y el «control» de los servicios delegados a que se refiere el art. 27-2 existirá, sin duda, en el supuesto de competencias delegadas. Ello puede llevar consigo no sólo una aprobación específica de la reglamentación de la competencia delegada, sino, también, vinculaciones respecto a su mismo contenido. No es posible en este punto precisar algo que va a ver su vida desenvuelta al margen de la misma Carta y que dependerá, exclusivamente, de las condiciones específicas de la delegación, a no ser que de manera general se decida insertar en la Carta un marco legal en el que, necesariamente, debería moverse la delegación concreta practicada. Si así se decidiera, es obvio que ello tendría sus consecuencias sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria.

F) LA PUBLICACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DE LAS ORDENANZAS
Y REGLAMENTOS MUNICIPALES

Es ésta una cuestión en la que la entrada en vigor de la LRBRL operó un cambio de importancia trascendental sobre la situación normativa anterior en la que no existía obligación legal de publicar en un diario oficial las Ordenanzas y Reglamentos municipales sino, solamente, el acuerdo aprobatorio de las mismas (arts. 110 de la LRL para las ordenanzas de policía y buen gobierno, 722 LRL para las de exacciones y 44 LS para las de uso del suelo y edificación). En algunos supuestos -municipios más importantes- se establecía la obligación legal de publicar periódicamente las Ordenanzas en vigor. Solamente el art.7 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales contenía una excepción a lo dicho, en cuanto se disponía en el mismo el comienzo de vigencia de las Ordenanzas y Reglamentos a los veinte días de anunciarse en el Boletín Oficial de la Provincia la aprobación definitiva «o a contar de la publicación si así se decretase expresamente. La excepción, sin embargo, no era estimable en cuanto que se trataba de una norma reglamentaria frente a los claros dictados de la LRL o de la LS y en cuanto que, también, no dejaba nada clara la aplicación real del mismo, puesto que quedaba en suspenso cuestión tan clave como la de la autoridad que debía decidir esa publicación, la local o la estatal de control.

Ni que decir tiene que la falta de publicación oficial fue criticada doctrinalmente (me remito a EMBID IRUJO, Ordenanzas y Reglamentos... pág. 503 entre otras) sin que se consiguiera de la jurisprudencia un mandato formal de la publicación (la última sentencia por mí conocida en este sentido es la del Supremo de 28 de mayo de 1982, Arz. 4155).

Uno de los efectos perniciosos de la falta de publicación oficial era que no se les aplicara a las Ordenanzas el principio iura novit curiam que, de forma general, rige para todo el derecho. Siempre era precisa, pues, la puesta a disposición del Tribunal de la norma correspondiente por la parte interesada.

Sin embargo, la comprensión de la naturaleza jurídica de disposición de carácter general, de parte del ordenamiento jurídico, de las Ordenanzas y Reglamentos municipales,

debía traer consigo, necesariamente, un cambio en esa situación. No cabe duda, así, de que para las Ordenanzas y Reglamentos era aplicable el principio de «publicidad de las normas» contenido en el art. 9.3. de la Constitución Española. Sin embargo, los cambios a nivel de legislación ordinaria no han llegado hasta la LRBRL en la que una parte del párrafo segundo del art. 70 contiene el mandato de publicación oficial de la siguiente forma:

«Las Ordenanzas, incluidas las normas de los Planes Urbanísticos, se publican en el Boletín Oficial de la Provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2.»

El precepto transcrito significa, entonces, la plena aceptación del carácter normativo de las Ordenanzas y Reglamentos municipales con la consiguiente predicación de consecuencias: no es posible la entrada en vigor de una norma sin su publicación oficial. El texto pone fin, por tanto, a una situación de fácil crítica pero, a su vez, presenta determinados problemas de interpretación que vamos a tratar de resolver en este Dictamen llevando a cabo las recomendaciones precisas cara a la elaboración de la Carta de Barcelona que sirvan para evitar estas dificultades interpretativas a las que me refiero.

1. La voluntad de generalidad del art. 70.2 LRBRL y sus excepciones. Las Ordenanzas de uso del suelo y edificación y las Ordenanzas fiscales.

La primera de las cuestiones a tratar es la de la presunta voluntad de generalidad de este texto y su choque con regulaciones singulares incompatibles, en principio, con este dictado. Estoy pensando, en principio, en dos formas reglamentarias locales de indudable importancia, las Ordenanzas de uso del suelo y edificación y las Ordenanzas fiscales, las primeras reguladas fundamentalmente en texto ajeno a la LRBRL y las segundas en la misma Ley aunque afectadas por la reciente modificación operada por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

El problema respecto a las Ordenanzas de uso del suelo y edificación es el siguiente. El texto del art. 70-2 LRBRL transcrito, presupone que las Ordenanzas de que se trata

han sufrido el trámite de elaboración y aprobación general regulado en el art. 49, a saber: aprobación inicial, información pública y aprobación definitiva por parte de la Corporación Local correspondiente. A su vez, esas Ordenanzas han sido enviadas a las autoridades de la Comunidad Autónoma y del Estado a los efectos de formulación del requerimiento previo y posible impugnación a que se refiere el art. 65 de la misma Ley, pero esta cierta actividad de control en modo alguno afecta a la ejecutividad del acuerdo de aprobación de la Ordenanza, que la tiene en virtud del mero acto de aprobación municipal a la espera, solamente, de la publicación en el diario oficial a que se refiere el art. 70.2.

Pero, como ya sabemos, según el derecho vigente actualmente las Ordenanzas de uso del suelo y edificación no siguen este régimen de elaboración y aprobación: no hay aprobación definitiva por parte de la Corporación Local sino de la Comunidad Autónoma. No hay, por tanto, razón al envío a la Comunidad Autónoma para que ésta pueda formular el requerimiento o la impugnación judicial correspondiente. En suma, no hay aplicación del art. 65 LRRL, y por tanto, la incardinación de este precepto en el cuerpo del art. 70.2 LRRL es perturbadora, a los efectos de la concreción del régimen jurídico de publicación y entrada en vigor de las Ordenanzas de uso del suelo y edificación.

La perturbación, es obvio, se produce si se mantiene el régimen de elaboración y aprobación de las Ordenanzas de uso del suelo y de edificación que contiene la actual Ley del Suelo. Si, por el contrario, la Carta de Barcelona sigue la recomendación del presente dictamen especificada en el anterior punto (E), si, consiguientemente, el acto de aprobación definitiva es del Ayuntamiento, no habría ningún inconveniente en aplicar el régimen general de publicación previsto en el art. 70.2. LRRL también a las Ordenanzas que tratamos. Se debería, sin embargo, solucionar algunos problemas de interpretación de este precepto, ahora ya generales, que trataré en cuanto haya expuesto la problemática específica de las Ordenanzas fiscales.

El régimen de publicación y entrada en vigor de las Ordenanzas fiscales ha cambiado recientemente, por la aprobación de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, respecto al previsto en el texto original de la LRRL. Recordemos, primero, qué es lo que

decían los arts. 107.1 y 111 en la primitiva redacción de esta Ley:

Art. 107.1 «Las Ordenanzas fiscales reguladoras de los tributos locales entrarán en vigor simultáneamente con el presupuesto del ejercicio económico siguiente a la aprobación de aquéllas, salvo que en ellas mismas se prevea otra fecha.»

Art. 111. «Los acuerdos de imposición de tributos y de aprobación y modificación de las Ordenanzas fiscales serán aprobados y publicados de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 49 y 70.2 de esta Ley.»

Aplicación general, entonces, del procedimiento de elaboración previsto en la LRBRL. Aplicación, también, del procedimiento de publicación regulado en el art. 70 LRBRL. Clara voluntad de uniformización que sólo preveía una separación del art. 70-2 en cuanto a la entrada en vigor no muy bien construida, como ya veremos, en el art. 70-2 disponiéndose una presunción de entrada en vigor con el presupuesto del ejercicio económico siguiente a salvo de lo que las mismas Ordenanzas pudieran disponer. Sin embargo, estos preceptos son modificados por la nueva Ley 39/1988, de 28 de diciembre, quedando su redacción de la siguiente forma:

Art. 107.1. «Las Ordenanzas fiscales reguladoras de los tributos locales comenzarán a aplicarse en el momento de su publicación definitiva en el "Boletín Oficial" de la provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial, salvo que en las mismas se señale otra fecha.»

Art. 111. «Los acuerdos de establecimiento, supresión y ordenación de tributos locales, así como las modificaciones de las correspondientes Ordenanzas fiscales serán aprobados, publicados y entrarán en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en las normas especiales reguladoras de la Imposición y Ordenación de tributos locales, sin que les sea de aplicación lo previsto en el artículo 70.2. en relación con el 65.2 ambos de la presente Ley.»

De la aplicación general del procedimiento previsto en la LRBRL para la publicación y la aprobación, a la excepcionalidad, a la regulación que se contenga en las propias

Ordenanzas para la entrada en vigor o la presunción de la coincidencia de ésta con la publicación en el Boletín Oficial. Es un cambio bien notable que debe ser tenido en cuenta y del que ahora lo más resaltante a nuestros efectos es la permanencia del mandato de publicación en el Boletín oficial correspondiente de la que se hace depender la entrada en vigor correspondiente. Podríamos decir que, con ello, se sacan las consecuencias pertinentes del carácter de norma de la Ordenanza (la entrada en vigor depende de la publicación oficial) y, al mismo tiempo, se huye de algunos defectos claramente advertibles en el art. 70.2 de la LRBRL que son los que voy a referir a continuación.

2. La indeterminación del art. 70.2 LRBRL en cuanto a la entrada en vigor de las Ordenanzas y Reglamentos locales. La necesidad de una ordenación adecuada de los conceptos control, publicación y entrada en vigor.

El art. 70.2 LRBRL antes citado hace referencia expresa únicamente a los conceptos de publicación y entrada en vigor de las ordenanzas y reglamentos municipales pero contiene también la referencia a un plazo, el previsto en el art. 65.2, que es en sí mismo fuente de confusión. En efecto, la referencia al plazo puede entenderse exclusivamente hecha a un aspecto temporal o, por el contrario, a un régimen sustantivo de control de actos y acuerdos que es en el que se inserta el plazo del art. 65.2. Esto permite introducir el concepto de «control» dentro de los utilizados, indirectamente, en el art. 70.2. LRBRL, al menos a título inicial de interrogación y, consiguientemente, plantear la cuestión del día inicial de cómputo de ese plazo: desde la publicación o desde que tiene lugar el hecho que posibilita el control.

Con ello entro de lleno en los problemas de interpretación a que me vengo refiriendo continuamente. En efecto, visto todo lo anterior, la lectura del art. 70.2 LRBRL permitiría responder de las cuatro siguientes formas a la cuestión de la ordenación de los conceptos de control, publicación y entrada en vigor de las ordenanzas y reglamentos municipales:

a) La primera alternativa sería aquella que, en principio, parece más respetuosa con el tenor literal de los preceptos a examinar: previamente a la publicación de la ordenanza o reglamento municipal, debe aplicarse el control

previsto de forma general en la misma LRBRL. Eso supone la obligación del envío de la Ordenanza o reglamento municipal a la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma (art. 56 LRBRL). Transcurrido el plazo del requerimiento, la Ordenanza se enviaría al Boletín Oficial de la Provincia y entraría en vigor inmediatamente, dado que habría transcurrido ya por completo el plazo a que se refiere el art. 70.2, puesto que, en esta alternativa, el plazo se cuenta a partir del envío a la autoridad administrativa.

b) Con la segunda alternativa podríamos inclinarnos por independizar la publicación del control y, así diríamos que no es necesario esperar a que transcurra el plazo del requerimiento para la publicación de la Ordenanza en el Boletín. La Ordenanza debería enviarse, sí, a la autoridad administrativa correspondiente, pero podría publicarse paralelamente en el Boletín y entrar en vigor a los quince días del envío.

c) Las Ordenanzas y Reglamentos municipales deben enviarse a las autoridades administrativas de la Comunidad y del Estado y publicarse en el Boletín Oficial de la Provincia. La diferencia con la alternativa anterior consiste, sin embargo, en que el plazo de quince días no comenzaría a contar desde el envío a la autoridad, sino desde la publicación en el Boletín. La publicación serviría, entonces formalmente para abrir el plazo del art. 65.2 que se configuraría, así, como de «vacatio legis» específico de las Ordenanzas y Reglamentos, distinto del general de nuestro Ordenamiento jurídico. A partir de su transcurso, entrarían en vigor.

d) Por fin la cuarta alternativa se apoya en la independencia de los conceptos de control, publicación y entrada en vigor que aparecen -con sus diferencias correspondientes- excesivamente vinculados en las alternativas anteriores. La Corporación Local debería enviar la Ordenanza o Reglamento a la autoridad administrativa y, por supuesto, también al Boletín. La aparición en el Boletín de la Ordenanza es independiente de que haya transcurrido el plazo de quince días hábiles o de que se haya formulado requerimiento o no. Esa independencia se basa en que la intervención de la autoridad administrativa, si existe, no aporta ni quita ningún requisito esencial para la validez o eficacia de la Ordenanza. En cualquier caso, la Ordenanza no podrá entrar en vigor antes de que hayan transcurrido

quince días de la publicación, pero este plazo juega como un plazo mínimo, de tal forma que le está permitido a la Corporación Local fijar un plazo determinado de «vacatio legis» siempre que el mismo no suponga una violación de ese lapso de tiempo mínimo que fija el art. 70-2 LRBRL.

Cuatro alternativas que suponen igualmente, una exclusión: este sistema de la LRBRL impediría absolutamente que se considerara que la publicación de las Ordenanzas y Reglamentos en el Boletín Oficial de la Provincia suple al envío a la autoridad administrativa y que, por tanto, para la entrada en vigor bastará con esta publicación y el transcurso de los quince días del art. 65.2 que, ahora sí, jugaría sólo como plazo de tiempo y no, además, como referencia a un procedimiento de control. Esta posibilidad que, repito, excluyo expresamente, suprimiría la fase de control y supondría que la autoridad administrativa tenía oportunidad de ejercitar el requerimiento a partir de la publicación.

Pues bien, una vez llevada a cabo esta exclusión formal, me parece muy claro que la alternativa que refleja la verdadera voluntad de la LRBRL -algo escondida, esa es la verdad- y que, además, es plenamente respetuosa con la garantía de la autonomía constitucionalmente protegida, es la reseñada en el último lugar (d). Para ello me baso en las siguientes razones:

- En la aplicación de los principios generales sobre el control de actos y acuerdos de las Corporaciones Locales a las Ordenanzas y Reglamentos municipales. Las cuatro alternativas reseñadas respetan la aplicación del principio de control que contienen los arts. 56 en relación con el 65 y ss. Sólo la exclusión que al final he hecho excepcionaba este principio de la generalidad del control.
- En que el ejercicio del requerimiento o la facultad de impugnación no afecta, en principio, a la ejecutividad de los acuerdos de las Corporaciones Locales. La ejecutividad de los acuerdos locales aparece en el art. 51 LRBRL y no se hace depender del requerimiento en modo alguno. Ello permite excluir, ya, la primera de las alternativas especificadas (la a) y afirmar la corrección de las otras tres que suponen la aparición en el Boletín de la Ordenanza o Reglamento, antes o independientemente

del transcurso del plazo del art. 65.2 LRBRL. Si se publican antes de su transcurso y durante el mismo tiene lugar el requerimiento, no se deducirían de ello males mayores, en cuanto que la suspensión de la Ordenanza se derivaría, en su caso, de un acto judicial posterior y no del requerimiento por lo que la publicación -y las presunciones de eficacia y validez de que va acompañada- no confundiría jurídicamente la situación de una norma impugnada como sucede, por otra parte, de forma general. Si el Tribunal acordara su suspensión, ello debería publicarse en el mismo diario oficial.

- En la configuración autónoma del plazo especificado en el art. 70.2 LRBRL. Las alternativas a) y b) conectan el plazo regulado en el art. 70.2 LRBRL con el envío a las Administraciones del Estado y de la Comunidad Autónoma. Esto puede tener un punto de duda en la práctica: su coherencia se apoya en que la publicación de la ordenanza haya tenido lugar antes del transcurso de los quince días desde el envío a la autoridad correspondiente, porque sólo así podría hacerse realidad la forma de entrada en vigor dispuesta por el art. 70.2 LRBRL, publicación y transcurso del plazo regulado en el art. 65.2. Si la publicación tuviera lugar después del transcurso del plazo, esa lectura literal del precepto no podría hacerse realidad, en cuanto que la Ordenanza entraría en vigor en un determinado momento -no nos planteemos ahora cuándo- pero, desde luego, no en el día en que se cumple el plazo contado desde el envío.

Creo por ello, más correcto configurar autónomamente el plazo regulado en el art. 70.2 LRBRL y tomar del mismo sólo la referencia cuantitativa, es decir, los quince días hábiles pero independizados del procedimiento de control concreto. Para entrar en vigor las Ordenanzas y Reglamentos municipales necesitarían, entonces, del cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: que se hubieran enviado a las Administraciones del Estado y de la Comunidad Autónoma, que se hubieran publicado en el Boletín Oficial de la Provincia y que hubieran transcurrido, al menos, quince días hábiles desde su publicación. Ello supone afirmar la mayor corrección jurídica de las soluciones c) y d) sobre las otras dos.

- En el respeto al principio de autonomía municipal y su conexión con la «vacatio legis» de las Ordenanzas y Re-

glamentos municipales. La adición, en mi interpretación, de las palabras «al menos» al transcurso de los quince días hábiles a que se refiere el art. 65.2 en su relación con el art. 70.2 LRBRL sirve para negar que la «vacatio legis» que establece aparentemente la LRBRL sea obligatoriamente la de quince días. En efecto, lo que desde mi punto de vista quiere la LRBRL es que las Ordenanzas y Reglamentos no entren en vigor nunca antes del transcurso de esos quince días para que pueda durante ese lapso de tiempo hacerse efectivo el principio de «información y participación ciudadanas» que es la rúbrica del Capítulo IV, del Título V de la LRBRL donde se inserta el art. 70.2.

El principio de autonomía local garantizado constitucionalmente cooperaría a esa solución ya que supondría para la Corporación local la facultad de fijar ella misma la «vacatio legis» de la respectiva Ordenanza en función de unos presupuestos previos que la Corporación está en condiciones de valorar como nadie. La misma nueva redacción de los arts. 107 y 111 de la LRBRL relativos a las Ordenanzas fiscales, es congruente con todo lo que aquí se defiende, ya que se excepciona el sistema del art. 70-2 LRBRL -tan confuso, como creo haber demostrado- y también del mecanismo de coincidencia en la entrada en vigor con el Presupuesto correspondiente. La entrada en vigor de las Ordenanzas fiscales, recordemos, depende de la publicación y de lo que la misma Ordenanza fije.

3. Aplicación de la doctrina fijada a la redacción de la Carta de Barcelona.

Todo el razonamiento anterior debe permitir sacar algunas consecuencias para la redacción de la Carta de Barcelona.

Es la primera la de recalcar la necesidad de un capítulo o sección específico dedicado a las Ordenanzas y Reglamentos municipales donde efectivamente se consideren todas las cuestiones relativas al procedimiento de elaboración, aprobación, publicación y entrada en vigor de las mismas, con las excepciones que expresamente se digan y con las remisiones que, expresamente también, se hagan a otros puntos de la Carta o, incluso, del ordenamiento jurídico.

Las dificultades de interpretación derivadas de la LRBRL son la mejor guía de lo que estoy diciendo. Recordemos la

ubicación del art. 49 -elaboración de las Ordenanzas- en un Capítulo sobre el régimen de funcionamiento; del art. 65 en un Capítulo sobre la impugnación de actos y acuerdos y ejercicio de acciones, y por fin, del art. 70 en un Capítulo sobre «información y participación ciudadanas». Cuando se pretende hacer jugar conjuntamente todos los principios para regular la entrada en vigor de las Ordenanzas, el resultado puede ser desconsolador.

La segunda estribaría en dejar bien claro que el requisito de la publicación es imprescindible para la eficacia y validez de la Ordenanza y no solo, como sucede aparentemente en la LRBRL, algo anejo a la «información y participación ciudadanas». La información y participación son necesarias, pero no se puede confundir el mecanismo de publicación legal con otros instrumentos que puede utilizar el Ayuntamiento para difundir y hacer conocer entre los vecinos el derecho municipal creado en forma de Ordenanza o Reglamento. La LRBRL se equivoca en la construcción del plazo aparente de «vacatio legis» ya que, en realidad, lo que pretende es garantizar un tiempo mínimo de difusión entre los ciudadanos de la Ordenanza antes de que ésta entre en vigor.

La tercera y última, sería muy simple y relativa a referir el plazo y forma de la «vacatio legis» a la general establecida en nuestro Ordenamiento jurídico en el Código Civil: «Las leyes (y la doctrina entiende que el concepto de ley en este precepto comprende a los reglamentos) entran en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa». Así se resaltaría, en grado sumo, el carácter de parte del ordenamiento jurídico de la Ordenanza o Reglamento. Ello supondría, también, dejar en libertad a la Corporación local barcelonesa para, si así lo cree necesario y en relación a la ordenanza o reglamento concreto, fijar un plazo específico mayor o menor. El carácter de excepción a la ley básica que tendría la Carta barcelonesa, haría que no se debiera respetar en la misma ese plazo mínimo de quince días de «vacatio legis» que, en mi interpretación anterior, era una de las consecuencias derivables del art. 70-2.

No cabe duda de que el texto de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, Ley 8/1987, de 15 de abril, en su art. 162.3 es mucho más ductil y menos creador de problemas que la norma de la LRBRL que hemos examinado ya que, simplemente, indica que «las Ordenanzas y Reglamentos, in-

cludidas las normas urbanísticas, deberán publicarse», lo que simplifica algunas cosas, como digo, aún cuando deja en el aire la cuestión del diario oficial donde debe publicarse la Ordenanza. Aún a sabiendas del estado dinámico de la cuestión, parece que hoy por hoy sería el Boletín Oficial de la Provincia el instrumento adecuado.

Por supuesto, y por último, en la Carta de Barcelona debería pervivir la clásica obligación de los grandes municipios de llevar a cabo publicaciones propias de sus Ordenanzas y de expedir las copias que le soliciten los interesados.

G) LA INFRACCIÓN DE LAS ORDENANZAS Y REGLAMENTOS MUNICIPALES

Una de las consecuencias de la infracción del derecho es la sanción administrativa correspondiente. También ocurre esto con las Ordenanzas municipales y es tradicional la existencia de una potestad sancionatoria en el Alcalde unida a la violación de la norma municipal.

Tradicionalmente, también, la extensión de la multa ha ido unida al tamaño de la población. Hoy, el art. 59 del Texto refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local configura de la siguiente forma esta potestad sancionatoria:

«Las multas por infracción de Ordenanzas no podrán exceder, salvo previsión legal distintas, de 25.000 pesetas en Municipios de más de 500.000 habitantes; de 15.000 pesetas en los de 50.001 a 500.000; de 10.000 pesetas en los de 20.001 a 50.000; de 5.000 pesetas en los de 5.001 a 20.000 y de 500 pesetas en los demás Municipios.»

Es obvio, por tanto, que este abanico apodera a la Corporación barcelonesa a establecer un cuadro de multas que no sobrepase las 25.000 pesetas, con independencia de lo que la normativa sectorial pueda regular. Idéntico marco máximo contiene el art. 221-3 de la Ley municipal catalana.

A los efectos de la Carta barcelonesa creo que debería ampliarse la extensión de la posible multa y que fuera el consistorio por medio de sus acuerdos, quien estableciera el cuadro sancionatorio correspondiente en relación a

cada Ordenanza y, por supuesto, el tipo de conducta de infracción y la gravedad de la misma. Igualmente podría contener la Carta barcelonesa la autorización a la Corporación para aumentar periódicamente la cuantía de las multas en función de un criterio objetivo como la evolución del índice de precios de consumo.

Por lo demás, la Carta debería contener algunos principios que hoy también se encuentran en la normativa estatal y cuya corrección no merece comentarios:

- el plazo de prescripción que sería el regulado en el Código penal para las faltas.
- la posibilidad de aplicar el procedimiento administrativo de apremio de impago voluntario de la multa.

La Carta debería regular también la posibilidad de delegación del Alcalde de la potestad sancionatoria.

IV) LAS ORDENANZAS DE POLICÍA Y BUEN GOBIERNO

Una vez concluido el estudio del régimen jurídico general de la potestad reglamentaria municipal y establecidas una serie de reflexiones y conclusiones válidas para la Carta barcelonesa, llega el momento de enfrentarse con la consideración de las más importantes de las formas reglamentarias locales. No cabe duda de que hay que comenzar por el estudio de las tradicionales «ordenanzas de policía y buen gobierno» y lo primero que debe notarse respecto a esta expresión, es la inexistencia de esta denominación en el derecho hoy vigente, la LRBRL y normas concordantes.

En efecto, será tarea vana buscar en el ordenamiento básico esta denominación que hasta la LRL era tanto la tradicional como la referencia legal fundamental. Hoy la LRBRL habla en el art. 49 de la elaboración y aprobación de las «ordenanzas locales», pero no las de policía y buen gobierno.

Ante este silencio lo primero que debe decirse es que, sin duda, el art. 49 y su referencia a las «Ordenanzas locales» cumple la función jurídica de las anteriores citas legales a las ordenanzas de policía y buen gobierno. Esas ordenanzas locales serán, hoy, un conjunto a priori indeterminado

de formas reglamentarias, caracterizadas de una forma negativa: se incluirán en las mismas todas aquellas que, por su objeto, no sean ordenanzas fiscales, o de uso del suelo y edificación, o industriales, o reglamentos de servicios etc...

El procedimiento de elaboración y aprobación de las ordenanzas locales de art. 49 LRBRL se aplica de forma general, por tanto, a todas aquellas que no tengan uno específico en la LRBRL y normativa concordante o en la normativa sectorial específica, por ejemplo la Ley del Suelo.

Por tanto, desde el punto de vista tanto material como procedimental, las Ordenanzas locales referidas en el art. 49 LRBRL cumplen la misma función que en los últimos tiempos venía referida a las Ordenanzas de policía y buen gobierno: ser el cuerpo residual normativo donde se incluyen todas aquellas normas que en el proceso de centralización normativa o de sectorialización e intervención de otras Administraciones, no hayan recibido la consigna legal por norma superior, de tener un procedimiento específico de elaboración y un contenido determinado también. Este proceso de desgajamiento del cuerpo central de las Ordenanzas de policía y buen gobierno lo he estudiado detenidamente desde el punto de vista de la evolución histórica de la situación y, también, de las consecuencias centralizadoras y reductoras que trae para la autonomía municipal en mi libro Ordenanzas y Reglamentos, repetidamente citado al que me remito en general.

Pero esto, que parece un puro planteamiento teórico, es necesario tenerlo en cuenta para saber, también, el quantum de contenido normativo que se esconde debajo de la expresión «ordenanzas locales» u «ordenanzas de policía y buen gobierno» y, también, a qué procedimiento específico de elaboración acudir -dada la pluralidad desgraciadamente todavía existente- en el caso determinado. Igualmente, es preciso adoptar una decisión acerca de la posibilidad de conservar en un municipio un cuerpo de derecho central, donde se incorporen los preceptos básicos sobre estatuto del vecino, normas generales de convivencia etc... que podría merecer el nombre de «ordenanzas de policía y buen gobierno» del que se derivarían ordenanzas particulares -de limpieza, de seguridad, de circulación, de uso de los bienes públicos, etc.- que sólo merecerían, ya, el nombre de «ordenanzas locales».

Quizá en el párrafo anterior está la respuesta personal del dictaminante ante la cuestión debatida. Creo necesario -o, al menos, conveniente- que se conserve ese cuerpo central de ordenanzas de policía y buen gobierno tanto a nivel de denominación de la Carta como, posteriormente, cuando se elabore el texto concreto. El contenido necesario de las Ordenanzas de policía y buen gobierno tendría que tener elementos de los anteriormente citados con una atención especial también a cierto poso histórico del propio municipio en escasa medida predeterminable a priori. En muchas ocasiones el cuerpo de esas Ordenanzas repetirá el dictado de preceptos de la Carta municipal o de la legislación básica local aplicable pero ello, no es obstáculo para predicar su necesidad que considero insita a la misma idea de autonomía.

Como derivación de estas Ordenanzas de policía y buen gobierno surgirán un conjunto de regulaciones particulares, las Ordenanzas locales, que tendrán en común la característica de no poder merecer ni por su objeto ni, por supuesto, por su procedimiento de elaboración otra denominación específica. La seguridad pública, la circulación, el uso de los bienes públicos, las normas de convivencia, el ejercicio de la publicidad etc. pueden ser elementos que determinen la formación de las Ordenanzas. Todas ellas deberían estar contempladas procedimentalmente, en ese Capítulo o Sección al que repetidamente me vengo refiriendo y que resumiría, además, el máximo grado de autonomía municipal posible en la elaboración de su derecho: lo tiene ya en la LRBR, ya que la aprobación definitiva es del Ayuntamiento sin control administrativo posterior, frente a lo existente en otras Ordenanzas, como las del suelo y edificación, pero lo debería seguir teniendo en el Cuerpo de la carta barcelonesa también. Para estas Ordenanzas es aplicable igualmente el sistema de aprobación con voto no cualificado y, por supuesto, si se acepta la idea de la iniciativa ciudadana en la proposición de ordenanzas, este es su campo de juego más propio. Por lo demás, y en cuanto al procedimiento de elaboración y aprobación, me remito a lo especificado en III D) y E).

V) EL REGLAMENTO ORGÁNICO

El Reglamento orgánico tiene una consideración privilegiada en la LRBR desde el punto de vista de su posición en

el ordenamiento jurídico. En efecto, el art. 20 de la LRBR, después de regular en su párrafo primero una organización municipal general de los Municipios, indica en su párrafo segundo que:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en la regla c) del número anterior, las Leyes de las Comunidades Autónomas sobre régimen local podrán establecer una organización municipal complementaria de la prevista en este texto legal, que regirá en cada Municipio en todo aquello que su Reglamento orgánico no disponga lo contrario.»

Pues bien, y aún a despecho de alguna interpretación contrapuesta, lo que significa este precepto es una primacía del Reglamento orgánico sobre la Ley de la Comunidad Autónoma en el caso, claro está, de que exista el Reglamento orgánico y de que éste disponga algo distinto a la Ley autonómica. Ello implica la ineficacia de la ley autonómica en un Municipio que disponga de reglamento orgánico con prescripciones concretas contrarias o, dicho de otra forma y en otra secuencia temporal también, que la elaboración por un Ayuntamiento de un reglamento orgánico significa que una previa ley autonómica pierde eficacia para esa Corporación local. No es un problema, evidentemente, de derogación por un reglamento orgánico municipal de una ley autonómica, por cuanto la ley autonómica sigue vigente para el resto de Municipios de la Comunidad sino, simplemente, de una pérdida de eficacia -o, incluso, del no nacimiento de la misma en el caso de que el reglamento orgánico preceda a la ley- de la ley autonómica completa o de aquellos de sus preceptos que sean contrarios al reglamento orgánico municipal. (Sobre el papel del Reglamento orgánico en relación a los principios aquí dichos vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1988, Arz. 4194).

El art. 20.2 LRBR representa, pues, una excepción a los principios de la relación ley-reglamento municipal, pero es una excepción comprensible y hasta aceptable desde la óptica del poder de autoorganización de cada Municipio. Este poder no cuenta, en el sistema creado, más que con un límite: el del respeto a la estructura marco de la propia LRBR. La normativa de la Comunidad Autónoma podrá ser directamente aplicable en el Municipio sólo en ausencia de precepto reglamentario concreto opuesto a ella. Lo que

quiere decir -en el plano de la práctica- que la ley autonómica sólo podrá ser fuente de aplicación directa en el caso de ausencia de ejercicio de la potestad reglamentaria municipal, pues no es pensable la promulgación de normas reglamentarias municipales que se limiten a repetir lo dicho por la LRBRL y normativa autonómica.

Todo lo anterior, explicación razonada del sistema creado por la LRBRL, es necesario para enfrentarnos a lo que, creo, es la gran pregunta a hacernos respecto al Reglamento orgánico en una Carta municipal como la que pretende ser la de Barcelona.

En efecto, si la función del Reglamento es excepcional, dentro de unos márgenes, una organización municipal predefinida por la Ley de la Comunidad Autónoma, ¿tiene sentido prever ese contenido para un Reglamento orgánico de un Municipio cuya organización tiene que venir establecida, por una Ley específica? ¿No pierde, en este caso, el Reglamento orgánico su principal función que es la de excepcionar un régimen general? ¿No debería pensarse, por tanto, en un contenido más humilde para este Reglamento orgánico del Municipio de Barcelona regido por una Carta municipal?

Las preguntas anteriores son importantes y, creo, plantean un interrogante de no fácil respuesta. Sin embargo y en principio, pienso que el Reglamento orgánico en un Municipio regido por Carta sigue manteniendo su importancia y no es, en absoluto, un elemento prescindible. En efecto: el hecho de que figure en la Carta una organización municipal específica para el Municipio, no impide que esa organización tenga en sí misma elementos básicos, fundamentales, y otros que pueden parecer, o transformarse en, contingentes, prescindibles o sustituibles con el transcurso del tiempo. Ese transcurso del tiempo podría convertir en obsoletos, inútiles o aún perturbadores, ciertos órganos y quien mejor podría juzgar de su obsolescencia o inutilidad sería el propio Ayuntamiento barcelonés, su órgano representativo, el Pleno. Creo, así, que podría perfectamente distinguirse en la Carta barcelonesa un elemento organizativo insustituible y otro cuya modificación, supresión o transformación podría encargarse al Reglamento orgánico que, igualmente, podría crear órganos complementarios de los anteriores siempre y cuando no supusieran duplicación de los mismos o restaran atribuciones de los

órganos declarados necesarios por la propia Carta. Eso tendría la virtualidad de una mayor agilidad y adecuación en el tiempo de la organización del Ayuntamiento: siempre es más sencillo elaborar y aprobar un Reglamento orgánico y su modificación, que hacer lo propio con una Ley que, en el caso de la Carta, puede llevar consigo intervenciones del Parlamento nacional y del catalán. Esa sería, entonces, la función primordial y específica a cumplir por el Reglamento orgánico en la Carta de Barcelona: sería el destinatario de una suerte de deslegalización operada por la propia Carta para unos órganos específicos, para una organización complementaria.

Por supuesto, el Reglamento orgánico podría cumplir una segunda función. Es evidente que la Ley catalana podría ser desarrollada por Reglamentos promulgados por la Generalitat o por el Estado; no me voy a introducir en una cuestión que excede de los límites de este Dictamen. Así sucedió, además, con la Carta aprobada en 1960 y eso puede ser lo correcto en algunas materias. Pero también pueden algunas cuestiones de índole organizativa interna, ser deferidas, remitidas por la Carta, no a reglamentos autonómicos o estatales sino al Reglamento orgánico municipal. Repito que estoy hablando de la técnica de la remisión, lo que supone un mero desarrollo de preceptos e instituciones ya contenidas en la Carta. No hay nada en contra de ello y, desde luego, la aplicación de la remisión más la técnica antes citada de la deslegalización, permitirían cumplir uno de los objetivos que se presuponen como básicos en la redacción de la Carta, como es el incrementar en la medida de lo posible el ámbito de autodisposición del Municipio barcelonés.

La importancia del contenido del Reglamento orgánico así configurado, me lleva a reiterar la necesidad del mantenimiento de su aprobación mediante votación en una mayoría cualificada, la mayoría absoluta que ahora también figura en la LRBRL. Para más aspectos de la elaboración, control y aprobación, me remito a lo especificado en el punto III, D) y E).

VI) LAS ORDENANZAS FISCALES

Como ya indiqué en el punto II de este Dictamen, la LRBRL parte de la atribución a las Administraciones públicas de

carácter territorial de la «potestad reglamentaria» (art. 4.1.a) pero reconoce una sustantividad específica a la «potestad tributaria» (art. 4.1.b) a la que destina un propio apartado en el precepto que enumera las potestades de estas Administraciones. En el presente apartado me voy a referir al ordenamiento jurídico que regula el ejercicio de esta potestad tributaria en el marco de la legislación básica del Estado, señalando aquellas de sus características más resaltables a la hora de la redacción de los correspondientes preceptos de la Carta barcelonesa. Trataré, así, en primer lugar de la relación entre la Potestad tributaria y la reserva de Ley tal y como resulta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1), a continuación referiré los rasgos básicos que adoptan las Ordenanzas fiscales en el ordenamiento vigente (2) y resumiré su procedimiento de elaboración y aprobación (3), por fin trataré de algunas características notables en el procedimiento de impugnación judicial de las Ordenanzas Fiscales (4).

1. Potestad tributaria y reserva de Ley. La doctrina del Tribunal Constitucional. Su trascendencia sobre la Carta Municipal.

No es cuestión aquí de reproducir una larga historia doctrinal concluyente en el carácter derivado de la potestad tributaria. El Municipio así, no tendría libertad para establecer tributos, sino que el Ordenamiento le ofrecería una serie de posibles tributos, que establecer para su término municipal. De ahí la unión expresa entre potestad tributaria y marco establecido por las leyes que aparece en el párrafo primero del art. 106 LRBR, de útil reproducción antes de seguir adelante:

«Las Entidades locales tendrán autonomía para establecer y exigir tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas locales y en las leyes que dicten las Comunidades Autónomas en los supuestos expresamente previstos en aquélla.»

Interesa decir ahora, que esta ley -sea la estatal o autonómica- no es soberana para dejar el campo libre a la actuación municipal, sino que el principio de reserva de ley en materia tributaria obliga a la ley a contener regulaciones sobre tipos del impuesto, hecho imponible, etc. En

tal sentido, no viene mal recordar una importante Sentencia del Tribunal Constitucional, la 19/1987, de 17 de febrero, donde se contiene esta doctrina que también será aplicable a nuestros efectos:

«Es claro, en suma, que si bien respecto de los tributos propios de los Municipios esta reserva no deberá extenderse hasta un punto tal en el que se prive a los mismos de cualquier intervención en la ordenación del tributo o en su exigencia para el propio ámbito territorial, tampoco podrá el legislador abdicar de toda regulación directa en el ámbito parcial que así le reserva la Constitución (art. 133.1 y ss.).» (F.J. 4.º)

«Las leyes reclamadas por la Constitución en este último precepto no son, por lo que a las Corporaciones locales se refiere, meramente habilitadoras para el ejercicio de una potestad tributaria que originariamente sólo corresponde al Estado. Son también leyes ordenadoras -siquiera de modo parcial, en mérito de la autonomía de los Municipios- de los tributos así calificados de «locales» porque la Constitución encomienda aquí al legislador no sólo el reconocer un ámbito de autonomía al Ente territorial, sino también garantizar la reserva legal que ella misma establece (art. 313)...» (F.J.4.º)

«Ello sin perjuicio -ha de añadirse- de que cuando, como ahora ocurre, se esté ante tributos de carácter local, deba el legislador reconocer a las Corporaciones locales una intervención en el establecimiento o en la exigencia de aquéllos. Puede el legislador estatal hacer una parcial regulación de los tipos del impuesto, predisponiendo criterios o límites para su ulterior definición por cada Corporación local, a la que corresponderá ya, en ejercicio de su autonomía y en atención a las peculiaridades de su hacienda propia, la precisión de cuál sea el tipo que, de acuerdo con el marco legal, haya de ser aplicado en su respectivo ámbito territorial.» (F.J.5.º).

«La plena coherencia de aquél objetivo (saneamiento de las Haciendas Locales con lo determinado en la Constitución en orden a la deseable suficiencia de medios de las Haciendas Locales (art. 142) no puede desvirtuar, sin embargo, el juicio negativo que ahora ha

de merecer, desde la defensa de la reserva de ley también constitucionalmente garantizada la técnica empleada por el legislador para dar entrada a los Ayuntamientos en la ordenación de las Contribuciones Territoriales consideradas. Tal intervención municipal era y es constitucionalmente posible, pero no en los términos en que aquí se dispuso, mediante un pleno desapoderamiento del legislador en favor de la autonomía municipal -consagrada sin límites ciertos y, por tanto, desfigurada-, para la determinación de un elemento esencial en la definición de los tributos.» (F.J.5.º).

«A este Tribunal (...) no le corresponde señalar positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste legislativo entre la autonomía municipal y la determinación por ley de los elementos esenciales de cada tributo. Podemos sólo apreciar cuando -como por medio del precepto cuestionado sin duda ocurre- tal ajuste o equilibrio ha desaparecido por completo en la norma-ción de ley, renunciando el legislador al establecimiento de toda limitación en el ejercicio de la potestad tributaria de las Corporaciones locales y abandonando, en la misma medida la función que en este campo corresponde solo a la ley, de conformidad con unas determinaciones constitucionales que no son, obviamente, disponibles para el legislador. La renuncia plena por la ley a todo encuadramiento normativo de la potestad tributaria local no se acomoda, en definitiva, con lo dispuesto en el artículo 133.2 de la Constitución, ni con la general reserva de ley establecida en este ámbito por el artículo 31.3 de la Norma Fundamental...»

Pues bien, con independencia de mi opinión personal acerca de las limitaciones quizá excesivas que se pretende que operen sobre unas normas protegidas por la garantía constitucional de la autonomía, lo cierto es que esta doctrina del Tribunal Constitucional acerca del encuadramiento de la potestad tributaria -y, por tanto, del poder de elaborar ordenanzas fiscales en cuanto al contenido de las mismas- tiene que estar presente a la hora de pensar en el contenido de la Carta municipal de Barcelona y en las posibilidades que ésta puede abrir a las Ordenanzas fiscales. De no cambiar la postura del Tribunal Constitucional sobre el juego de la reserva de Ley -y no se advierten indicios

para pensar en ese cambio- el carácter especial que se pretende dar a esta Carta, su posibilidad de excepcionar la normativa básica estatal, no bastaría para conferir al poder municipal -la potestad de aprobar tributos y de reglamentarlos dentro de lo dispuesto en la ley- más atribuciones de las que ahora se poseen en relación a la Ley básica del Estado, por cuanto el principio de la reserva de Ley así interpretado por el Tribunal Constitucional, obligaría a concretar en la Carta los elementos fundamentales de todo tributo. No podría existir esa «renuncia» de la Ley en favor de la Ordenanza municipal que, sin embargo, no hemos tenido ningún inconveniente en predicar en otros ámbitos -recuérdese el punto anterior relativo a los Reglamentos orgánicos- bajo las técnicas de la remisión o de la deslegalización.

2. El marco jurídico de las Ordenanzas fiscales y sus rasgos básicos.

El ordenamiento básico a estudiar hoy sobre las Ordenanzas fiscales está constituido por los preceptos correspondientes de la LRBRL (vid. el Título VIII, arts. 105 y ss.) en lo que no hayan sido afectados por la profunda reforma de las Haciendas Locales operada por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre que es hoy el texto fundamental a considerar para el conocimiento del ordenamiento regulador de las Haciendas locales. De todo este conjunto normativo resultan una serie de características:

- La posibilidad -y aún conveniencia- de existencia de unas Ordenanzas fiscales generales, reguladoras de la gestión, recaudación e inspección de los tributos (art. 106-2 LRBRL).
- De la misma forma puede existir una Ordenanza General de Contribuciones especiales que presida la adopción de acuerdos individuales relativos a la aplicación de una contribución especial (art. 34 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).
- El que cada tributo deba ser objeto de una Ordenanza específica elaborada y aprobada por el Ayuntamiento, no es una exigencia legal. Esa Ordenanza será innecesaria si respecto a algunos tributos (Impuesto sobre Bienes Inmuebles, Impuesto sobre Actividad Económica, Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica) no se decide hacer

uso de las posibilidades de aumentar la recaudación que permite la legislación y se aplican, simplemente, sus principios generales (art. 15 en relación con el 601 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre (art. 38-1 de la misma). Tampoco hace falta acuerdo de imposición para la simple exigencia de los impuestos regulados en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre (art. 38-1 de la misma).

- Por el contrario, hace falta la aprobación de una Ordenanza específica para los otros tributos (Impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras e Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana) y para hacer uso de las posibilidades que permite la Ley en cuanto a los tributos citados en el punto anterior (art. 15 en relación con el 60.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).
- Como regla general, el acuerdo de imposición de un tributo debe ser simultáneo al de aprobación de su correspondiente Ordenanza fiscal (art. 16 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).
- Las Ordenanzas relativas a los Impuestos sobre Construcciones, Instalaciones y obras y el Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, tendrán el siguiente contenido mínimo:
 - Determinación del hecho imponible, sujeto pasivo, responsables, exenciones, reducciones y bonificaciones, base imponible y liquidable, tipo de gravamen o cuota tributaria, período impositivo y devengo.
 - Regímenes de declaración y de ingreso.
 - Fechas de su aprobación y del comienzo de su aplicación (art. 16.1 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).
- Las Ordenanzas relativas a los Impuestos sobre Bienes inmuebles, actividades económicas y vehículos de tracción mecánica, dictadas cuando el Municipio decida hacer uso de las posibilidades que ofrece la Ley tendrán el siguiente contenido:
 - Los elementos necesarios para la determinación de las cuotas tributarias de los respectivos impuestos.

- Las fechas de su aprobación y del comienzo de su aplicación. (art. 16.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).

Lo hasta aquí reseñado puede tener aplicación, en líneas generales, a la Carta de Barcelona aún cuando, como es obvio, las Ordenanzas son en este punto algo accesorio a la gran decisión en cuanto a los Impuestos y a su configuración. Una vez adoptada ésta y, sobre todo, teniendo en cuenta los principios antes especificados sobre el juego de la reserva de Ley según el Tribunal Constitucional, la guía reseñada en este punto puede ser útil para la redacción de los correspondientes preceptos.

3. El procedimiento de elaboración y aprobación de las Ordenanzas fiscales en la normativa básica estatal. Su adecuación a la Carta municipal.

El procedimiento de elaboración y aprobación de las Ordenanzas fiscales está ahora regulado en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre aunque en lo relativo a la publicación y la entrada en vigor, hay que tener en cuenta los arts. 107 y 111 de la LRBRL en la nueva redacción dada por la Ley citada. El esquema procedimental sería el siguiente:

- La Corporación debe adoptar un acuerdo -la Ley lo llama provisional, art. 171- para el establecimiento, supresión y ordenación de tributos y para la fijación de los elementos necesarios en orden a la determinación de las respectivas cuotas tributarias. Este acuerdo va unido a la aprobación y modificación de la correspondiente Ordenanza fiscal.
- Debe hacerse una exposición en el tablón de anuncios de la entidad durante treinta días, como mínimo, dentro de los cuales los interesados podrán examinar el expediente y presentar las reclamaciones que estimen oportunas (art. 171 de la Ley 39/1988). Que la exposición tiene lugar debe anunciarse en el Boletín Oficial de la Provincia o en el de la Comunidad Autónoma en el caso de las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Los Ayuntamientos de más de 10.000 habitantes -sería esto aplicable a nuestro caso- deben publicar este anuncio, además, en un diario de los de mayor difusión de la provincia (art. 17.2, de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).

- Se consideran interesados a los que tuvieren un interés directo o resultaren afectados por tales acuerdos y a los Colegios Oficiales, Cámaras Oficiales, Asociaciones y demás Entidades legalmente constituidas para velar por los intereses profesionales, económicos o vecinales, cuando actúen en defensa de los que les son propios (art. 18 de la Ley 39/1988).
- Cuando concluya el período de exposición, las Corporaciones locales deben adoptar los acuerdos definitivos, resolviendo las reclamaciones que se hubieran presentado y aprobando la redacción definitiva de la Ordenanza, su derogación o las modificaciones a que se refiera el acuerdo provisional. En el caso de que no se hubieran presentado reclamaciones, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional (art. 17.3 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).
- El acuerdo de las Corporaciones Locales debe adoptarse por mayoría absoluta del número legal de sus miembros (art. 47.3.h) de la LRBRL).
- Las Ordenanzas entrarán en vigor en el momento de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia salvo que en las mismas se señale otra fecha (art. 107-1 LRBRL en relación con el art. 17-4 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).
- Las Entidades locales de población superior a 20.000 habitantes, deben editar el texto íntegro de las Ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos dentro del primer cuatrimestre del ejercicio económico correspondiente. En todo caso deben expedir copias de las Ordenanzas fiscales a quienes se las pidan (art. 17-5 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).
- Las Ordenanzas fiscales regirán durante el plazo, determinado o indefinido previsto en las mismas (art. 19.1 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre).

Lo aquí reseñado puede sin grandes dificultades contenerse en la Carta municipal. Como tantas veces he advertido, debería existir una referencia a las Ordenanzas fiscales en el Capítulo que tratara de la potestad reglamentaria municipal y allí mismo también, hacerse una remisión al Título de la Carta donde se contuvieran los principios de la Hacienda

Local y, por tanto, el régimen sustantivo de estas Ordenanzas.

4. Algunas características de la impugnación judicial.

Por fin creo que sería conveniente referirse a algunas características en la impugnación judicial de estas Ordenanzas que deberían también ser tenidas en cuenta en la redacción de la Carta.

- Es la primera que ha desaparecido definitivamente de nuestro ordenamiento, cualquier vestigio de la posibilidad de impugnación anual de las Ordenanzas fiscales tal y como lo recogía el art. 219-2 del viejo Reglamento de Haciendas Locales con la consideración anuente de la jurisprudencia (Vid. sobre el tema T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, El sistema de plazo abierto para la impugnación de ordenanzas locales de exacciones, REDA, 1, 1974, pág. 113 y ss). Aún cuando ya había algún precepto anterior en este sentido, ahora el art. 19.1 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre indica específicamente que contra las ordenanzas no cabrá

«otro recurso que el contencioso administrativo que se podrá interponer, a partir de su publicación en el «Boletín Oficial» de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial en la forma y plazos que establecen las normas reguladoras de dicha Jurisdicción.»

Sería conveniente que la Carta reprodujera este principio para que no hubiera ninguna posibilidad de pervivencia del viejo, y perturbador, criterio de impugnación de la Ordenanza con ocasión de la aprobación anual del Presupuesto que, por cierto, aún aflora en recientes sentencias -que resuelve, en verdad, supuestos surgidos a la luz del viejo derecho- como demuestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1988, Arz. 1036.

- En congruencia con su carácter de norma, no es preceptiva la interposición del recurso de reposición previo al contencioso administrativo (art. 53 de la L.J.C.A. y art. 211.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, R.D. 2568/1986 de 28 de noviembre).

- La normativa procesal contencioso-administrativo contiene un precepto curioso desde la perspectiva global del contencioso, según el cual «los fallos que dictaren las Salas de lo Contencioso-Administrativo en materia de Ordenanzas fiscales, si anularen el acto objeto del recurso, deberán expresar concretamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos impugnados» (art. 85 L.J.C.A.). Es muestra este precepto de un cierto horror al vacío normativo que hace que se obligue especialmente al Tribunal a no dejar preceptos sin contenido, en virtud de anulación, y a superar la clásica función revisora de la Jurisdicción. Este precepto, de contenido más que razonable, no parece haber sido seguido por el art. 19.2. de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, que parece imbuido de la creencia de que la Jurisdicción podría haber anulado con nueva redacción o sin ella -lo que es incongruente con la Ley procesal- el precepto de una Ordenanza impugnada. Veamos el texto del precepto citado:

«Si por virtud de resolución judicial resultaren anulados o modificados los acuerdos locales o el texto de las Ordenanzas en materia fiscal, la Corporación deberá publicar en los términos establecidos en el artículo 17.4 de la presente Ley (en el Boletín Oficial correspondiente) bien la anulación, bien la nueva redacción de los preceptos modificados conforme a la resolución correspondiente.»

Normativa, por tanto, no congruente con la Ley procesal. A la hora de la redacción de la Ley catalana juzgo preferible la reproducción literal del art. 85 LJCA o bien la remisión a su contenido, que puede ser más beneficioso para un Ayuntamiento que el puro vacío normativo en el que quedará una Ordenanza tras el éxito del proceso contencioso-administrativo contra ella dirigido y la subsiguiente indefinición hasta el tiempo en que el Ayuntamiento aprobara el nuevo precepto.

VII) LAS ORDENANZAS DE EDIFICACIÓN Y DE USO DEL SUELO

La necesidad de la permanencia de una forma reglamentaria como ésta de las Ordenanzas de edificación y uso del suelo, aún en Municipios, como el de Barcelona, que cuentan con toda la gama de instrumentos de ordenación y planificación urbanística previstos legalmente, está justificada en cuanto

que las Normas urbanísticas de los Planes cumplen unas finalidades de las que pueden estar ausentes objetivos generales presentes en las Ordenanzas de que tratamos. En su momento el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA explicó perfectamente la bifurcación de la normativa urbanística municipal en unas normas insertadas en los Planes, y, por otra parte, en unas Ordenanzas generales con un contenido «normativo abstracto, no ligado a una directiva de planeamiento concreta» y en la que se incluirían aspectos técnicos, sanitarios, de seguridad, de policía de la edificación (Cfr. del autor citado su trabajo Dictamen sobre legalidad de ordenanzas sobre uso del suelo y edificación, RAP 50, 1966). Esa misma exigencia de regulación de aspectos generales pervive en la más reciente jurisprudencia, como se puede mostrar con la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988, Arz. 1388, donde en relación a las Ordenanzas Municipales de Licencias Urbanísticas de Tarrasa se dice en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto:

«Ordenanzas amparadas en el poder que para dictarlas se reconocía en el art. 108 de la ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y que han venido obteniendo un reconocimiento generalizado por parte de la doctrina y la jurisprudencia, muy especialmente en materia de construcción, en sus aspectos puramente técnicos, sanitarios, de seguridad, relaciones de vecindad y servidumbres legales de lo que ha sido receptáculo nuestro Código Civil (arts. 550, 551, 571, 587, 589, 590) (fundamento de derecho cuarto).»

«Esta enumeración de posibles contenidos de las Ordenanzas en materia Urbanística no quiere decir que se formule como «numerus clausus» sino a título ilustrativo, lo que permite considerar que el contenido de los preceptos en entredicho de la referida Ordenanza quedan comprendidos dentro del ámbito del poder ordinamental municipal, en principio, sin perjuicio de la necesidad de profundizar...» (fundamento de derecho quinto).

Pues bien, esta necesidad que puede cumplir esta forma reglamentaria creo que hace necesaria su contemplación específica en la Carta municipal, como siempre dentro del Capítulo general de la potestad reglamentaria, contrastándose, así, con la situación de la LRBRL donde no hay ninguna referencia a la misma aún cuando pueda pensarse que exista, eso sí, una contemplación analógica en el art. 47.3.i) precepto

que a los efectos de predicar la mayoría absoluta para la adopción de una serie de acuerdos habla de los Planes e instrumentos de ordenación urbanística. Quizá la palabra instrumentos nos permitiera incluir en ella, a efectos de la LRBRU, estas Ordenanzas que, estrictamente hablando, no cumplen funciones de ordenación urbanística.

En el punto III) E de este trabajo he hablado detenidamente de la necesidad del relajamiento de los controles administrativos sobre este tipo de Ordenanzas, controles cuya fundamentación está en la Ley del Suelo (art. 42 en relación con el 41) y ahora sólo queda remitirme al anterior tratamiento no sin antes advertir de los peligros que para el relajamiento de este control pueden provenir de la consideración unitaria de estas Ordenanzas con el planeamiento urbanístico tal y como sucede en la Ley del Suelo.

En efecto. La relación establecida entre el art. 42 y el art. 41 de la Ley del Suelo indica, claramente, que el procedimiento de control establecido para los Planes se extiende a las Ordenanzas de edificación y uso del suelo. Pues bien: sin despreciar, ni mucho menos, la importancia y hasta la trascendencia de estas Ordenanzas, no cabe duda de que el contenido decisivo sobre el estatuto de la propiedad urbana que tienen los Planes, la afección sobre la misma planificación o las posibilidades de actuación de otras Administraciones Públicas, son motivos que pueden justificar la permanencia de un control, de una cierta tutela -ahora de la Comunidad Autónoma- sobre los Municipios incluso, aunque los objetivos con que se formula la Carta son contrarios a ello, sobre la misma planificación de la ciudad de Barcelona rigiendo ya la Carta municipal.

Una trasposición de esos criterios a las Ordenanzas de edificación y uso del suelo haría que, también, inevitablemente éstas quedaran sometidas al mismo criterio de control, perviviendo así la proximidad y la similitud de regímenes de control existentes en la Ley del Suelo. Una exacta comprensión del contenido de las Ordenanzas de edificación y uso del suelo permitiría, sin embargo, que aún en caso de permanencia de los controles administrativos sobre el Plan General, pudiera excepcionarse ese control para estas Ordenanzas. La ubicación de las mismas en ese Capítulo especial para la potestad reglamentaria, y su sometimiento al procedimiento general de elaboración y aprobación allí contenido, cooperaría a ese resultado. La sujeción a ese procedimiento ge-

neral no impediría, sin embargo, que como sucede tradicionalmente, pudiera ser aconsejable mantener el quorum especial de la mayoría absoluta de los miembros de la Corporación para la aprobación definitiva de estas Ordenanzas.

La adopción de este criterio dejaría sin aplicación para las Ordenanzas de edificación y uso del suelo lo previsto en el art. 237-2 de la Ley del Suelo, precepto según el cual la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa de estas ordenanzas (allí se habla de Planes y proyectos, pero se entiende analógicamente aplicable a las Ordenanzas que tienen el mismo procedimiento de aprobación) se haría en los términos prevenidos en el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Desaparecida la tutela que sirve de fundamento a este precepto, la impugnación exigiría solo el previo recurso de reposición (potestativo en función de lo previsto en el art. 53 de la Ley de la Jurisdicción) y posterior recurso contencioso-administrativo.

El cambio no afectaría, en modo alguno, a la tradicional predicación de la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y judiciales el cumplimiento de la normativa urbanística (art. 235-1 Ley del Suelo). Sería conveniente que la Carta de Barcelona recogiera esta acción pública y que se planteara también su aplicación general para las Ordenanzas -y no sólo las de edificación y uso del suelo- como un precepto congruente con los deseos de incrementar la participación ciudadana en las tareas públicas. Que ello supusiera duplicar la mención existente en la Ley del Suelo no sería una balda técnica para una Ley que, por su especialidad, pretenderá ser descriptiva del completo derecho aplicable en la ciudad.

VIII) LAS ORDENANZAS INDUSTRIALES

Con la anterior rúbrica voy a estudiar la actividad normativa municipal que tiene como objeto la intervención en diversas actividades industriales, manufactureras o, incluso, del ocio que tengan lugar en su término municipal. Esta intervención tiene hoy día su fundamento en normativa de origen estatal de escaso rango jurídico muchas veces. En muchas ocasiones, también, a esa característica se une la de ser normativa preconstitucional llegando a compeler de forma notable al ejercicio de la potestad reglamentaria municipal

hasta el punto de hacer dudar de la compatibilidad con el respeto a la garantía constitucional de la autonomía local. La redacción de la Carta de Barcelona puede ser una buena ocasión para depurar y aclarar la relación entre las competencias municipales y las del Estado o la Comunidad Autónoma en este sector. Para ello voy a comenzar estudiando el marco normativo de esta actividad reglamentaria local constatando la falta de satisfacción que produce el grado actual de ordenación (1), a continuación se tratará de los efectos producidos por la Constitución y la LRBRL sobre ese marco para concluir haciendo algunas recomendaciones para la futura Carta de Barcelona (2).

1. El marco normativo insatisfactorio de la potestad reglamentaria municipal.

Históricamente, la reglamentación de las actividades industriales ha sido, sin discusión, de competencia municipal y esta situación se ha prolongado en nuestro país durante mucho tiempo. Probablemente, la entrada tardía y desacompañada entre nosotros de la sociedad industrial moderna es la causa de esa permanencia de las competencias municipales exclusivas, permanencia mucho mayor que en otras sociedades de nuestro entorno.

Una buena prueba de lo que se dice, es que el Código Civil, ahora centenario, traducía en su artículo 590, la falta de preocupación estatal ante unos problemas que comenzaban a adivinarse pero que no eran todavía acuciantes. En efecto, en el texto de este artículo se encuadran conceptos tan dispares como pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se mueven por el vapor o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, y todo ello para prohibir su construcción cerca de pared ajena o medianera «sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban». En última instancia, y a falta de estos reglamentos, se prevé que se tomen las precauciones necesarias, previo dictamen pericial, para evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos.

En suma, estamos ante un precepto simple, que confía en los reglamentos locales para la ordenación de las actividades

industriales, un precepto por supuesto inadecuado a los tiempos en los que se ha desarrollado su vigencia, pero que por su valor normativo -de ley- ha convertido automáticamente en ilegales todas las posteriores regulaciones estatales que han incidido sobre el tema desde el prisma del vaciamiento de la competencia municipal y cuyo rango ha solidado ser, simplemente, el reglamentario (sobre el tema vid. T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, El medio ambiente urbano y las vecindades industriales, ed. IEAL, Madrid, 1973).

Pues bien, olvidándome ahora de la interesante normativa que tiene lugar tras la promulgación del Código Civil y, sobre todo, durante la Dictadura de Primo de Rivera, es preciso considerar el texto fundamental todavía vigente sobre estas cuestiones que es el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por Decreto de 30 de noviembre de 1961. En este texto y en relación al procedimiento de elaboración y aprobación de las Ordenanzas municipales sobre la materia, se contiene un precepto en el art. 7. que atribuye a la, entonces, Comisión Provincial de Servicios Técnicos la capacidad de informar

«... las Ordenanzas y Reglamentos municipales en lo que se refiere a las actividades del presente Reglamento antes de que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 109 de la vigente Ley del Régimen Local sean elevadas a los Gobernadores civiles de las Provincias.»

El precepto hay que entenderlo en el contexto de la elaboración y aprobación de Ordenanzas en la LRL en donde el Gobernador tenía la capacidad de suspender el acto de aprobación del Ayuntamiento. El informe de la CPST operaba, precisamente, antes de la intervención del Gobernador aún cuando no tenía por sí mismo el efecto de reformar el texto de las Ordenanzas que se sometían a la consideración del Gobernador. Se trataba, simplemente, del informe de un órgano de la Administración del Estado que podía aportar nuevos puntos de vista a la hora del ejercicio del control. No obstante, hay algo que sí debe notarse: el informe venía prescrito por un texto de valor reglamentario y se añadía a un texto de valor legal que no lo preveía, como era la LRL. Si, como decimos, en el plano de la elaboración del derecho local, ese informe no trastocaba excesivamente las cosas, en otras instituciones reguladas por el Decreto, la centralización producida y la pérdida de competencias de las Corporaciones Locales era evidente, como sucedía con la concesión de licencias por los

Alcaldes, en la que éstos se veían vinculados por el informe de la Comisión si este era negativo (art. 7-2 del Reglamento). Y todo esto, como insistimos, producido por una norma reglamentaria.

Un cambio notable de perspectivas -que ya hemos notado en el punto III E) de este dictamen- tiene lugar con la promulgación de la O.M. de 15 de marzo de 1963, que dicta instrucciones para la aplicación del Reglamento antecitado. Según el artículo 2 de esta O.M., los Ayuntamientos mayores de 50.000 habitantes y todos aquellos en los que predomine el censo industrial sobre las demás actividades que en ellos se desarrollen deben tener una ordenanza especial «exclusivamente dedicada a regular en todos sus aspectos las actividades afectadas por el Reglamento». Para los demás Municipios bastan, por tanto, con las normas contenidas en sus Ordenanzas generales de policía y buen gobierno adecuadas a los preceptos del Reglamento de 1961.

Pero son los párrafos 3 y 5 del art. 4. los que van a incidir de forma notable sobre la potestad reglamentaria municipal. El primero de ellos da un completo índice del contenido mínimo de las Ordenanzas. El segundo párrafo citado introduce una precisión que va a resultar fundamental: el informe de la CPST da un salto cualitativo y se convierte en parte misma de la Ordenanza capaz de sustituir la redacción del Ayuntamiento y de ser, así, objeto de la actuación del Gobernador civil. Transcribo el texto referido:

«Las Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos, cuando al evacuar el trámite previsto por el artículo 7. párrafo primero, apartado a) del Reglamento, se encuentren disconformes total o parcialmente con las ordenanzas, deberán expresar concretamente la forma en que han de quedar redactados los preceptos objeto de la disconformidad. Las modificaciones así introducidas en las ordenanzas no serán eficaces hasta tanto no sean sancionadas favorablemente por los Gobernadores civiles, previa audiencia de los Ayuntamientos afectados.»

Como ya indiqué, el precepto fue impugnado ante el Tribunal Supremo -junto a otros de la O.M.- que revalidó su licitud (Sentencia de 16 de octubre de 1964, Arz. 5641).

Pues bien, cuando tiene lugar el traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas, las funciones de la vieja CPST

pasan a ellas y así suelen reflejarlo los RRDD de transferencia de funciones y servicios. Y pasan a las Comunidades, también, estas funciones sobre la elaboración de las Ordenanzas sin que, previamente, se haga un mínimo juicio sobre la adecuación de las mismas a la Constitución. En el siguiente punto nos vamos a preguntar por esta cuestión, sobre su incardinación en la sistemática de la LRBRL y sobre las consecuencias que deben deducirse a la hora de la redacción de la Carta.

2. El procedimiento de elaboración de las Ordenanzas industriales y su adecuación a la Constitución. Compatibilidad con la regulación de la LRBRL. Consecuencias para la Carta de Barcelona.

Para responder adecuadamente a la cuestión planteada tenemos que tener en cuenta la trascendencia que ha tenido el traspaso de funciones a las Comunidades Autónomas y los efectos que pueda tener la garantía constitucional de la autonomía sobre el procedimiento de elaboración de estas Ordenanzas.

El sistema del Decreto de 1961 en su juego conjunto con la O.M. de 1963, suponía que un órgano de la Administración estatal podía cambiar el texto de la Ordenanza y que era este nuevo texto -y no el del Ayuntamiento- el que se sometía al control del Gobernador de tal forma que éste era eficaz cuando fuere sancionado favorablemente por el Gobernador previa audiencia del Ayuntamiento afectado. El traspaso mecánico a la Comunidad Autónoma de estas competencias supondría que un órgano de la Comunidad Autónoma -no nos planteemos cuál, pues esto depende de la potestad de autoorganización de cada Comunidad- emitiría ese informe que sería eficaz cuando fuera revalidado por otro órgano de la Comunidad previa audiencia del Ayuntamiento afectado. En cualquier caso, y en este supuesto, desaparece el texto original del Ayuntamiento y la actividad de la Comunidad Autónoma se configura como de aprobación de un texto elaborado por otro órgano de la misma.

Pues bien, y como he dicho ya antes, este sistema parece incompatible con la Constitución y con la LRBRL. Para ello hay que tener en cuenta lo siguiente:

a) El punto de partida general de la LRBRL, congruente con la cláusula constitucional de autonomía local, es que los acuerdos de los Ayuntamientos -también los aprobadores de

las Ordenanzas- son ejecutivos excepto en aquellos casos en que una disposición legal establezca lo contrario (art. 51 LRBRL). Es así, posible que actos de las Corporaciones locales se sometan a aprobación de una autoridad de la Comunidad Autónoma o del Estado y ello nos ha impelido a no tachar de inconstitucional, por ejemplo, el control sobre las Ordenanzas de edificación y uso del suelo aunque sí a desear su modificación en la Carta de Barcelona.

b) El sistema regulado para las Ordenanzas industriales en este caso no es de simple aprobación, sino de sustitución de parte o de la totalidad del texto de la Ordenanza por el contenido que pretenda darle la Comunidad Autónoma. La situación es, pues, sustancialmente distinta. No se trata de que el acuerdo de la Corporación no gane eficacia mientras que no haya una aprobación del órgano de tutela, sino que el texto que ganará eficacia, en su caso, será el de un órgano ajeno a la Corporación local que ha substituido al elaborado por ella.

c) Pero todo ello, además, tiene su base jurídica en una norma de escaso rango normativo, como es la O.M. de 1963 que desarrolla -con evidente imaginación- el Decreto de 1961. Si una Sentencia del Tribunal Supremo en su momento, 1964, refrendó la licitud de ese proceder, esto no puede inducir a excesivo respeto ahora en cuanto que también con posterioridad a la sentencia ha aparecido nada menos que la Constitución y la LRBRL que estructuran las relaciones interadministrativas entre Corporaciones Locales y Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de manera sustancialmente distinta a lo que refleja la O.M. considerada.

Sería deseable, pues, que cesara esta forma de tratamiento de las Ordenanzas industriales, lo que, en algunas Comunidades Autónomas, ha sucedido ya. En tal sentido, podrían adoptarse dos posibles soluciones:

- Aplicar las Ordenanzas de que tratamos el procedimiento de elaboración y aprobación de las Ordenanzas de edificación y uso del suelo con las que presentan evidentes similitudes por el tratamiento urbanístico global que en muchas ocasiones hay que dar a los problemas de ubicación industrial (recuérdese el libro de T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ antes citado. Por cierto, que es curioso comprobar el texto del artículo 66 de la Ley Foral 6/1987, de 10 de abril, de normas urbanísticas regionales para la protección y uso

del territorio, donde se indica como documento de los Planes Generales a las «ordenanzas de edificación, urbanización, tramitación y reguladora de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas». Quiere ello decir que esta ordenanza seguiría el mismo procedimiento de aprobación del Plan del que forma parte y que, por tanto, la aprobación inicial y provisional sería del municipio y la definitiva de la Comunidad Autónoma). Ello presupondría -en el estado actual de las cosas- una aprobación definitiva por la Comunidad Autónoma debiéndose dejar claro que el control que esta ejercería sería, exclusivamente, de legalidad, o

- aplicar el procedimiento general de aprobación de las Ordenanzas locales que se regula en el art. 49 de la LRBRL dando una especial relevancia al informe que se solicitaría a los órganos autonómicos con competencia en la materia.

Es obvio que ambas soluciones coincidirían en su aspecto procedimental si se transformara el procedimiento de elaboración y aprobación de las Ordenanzas de edificación y uso del suelo sustituyendo el actual por uno semejante al regulado en el art. 49 LRBRL.

En cualquiera de las opciones, sería necesario que estas Ordenanzas fueran nombradas en el capítulo o sección especial dedicado en la Carta a la potestad reglamentaria municipal, llevándose allí a cabo las remisiones correspondientes. Ello pondría a esta forma reglamentaria -de indudable trascendencia en un municipio- al abrigo de cualquier posible modificación en su procedimiento por normativa sectorial. Hágase la opción que se quiera, la consecuencia clara y primigenia de la actuación de la Carta, será que acabe la consideración insatisfactoria que, desde el punto de vista del respeto al adecuado entendimiento de la jerarquía normativa, presenta el ordenamiento vigente actual.

IX) ORDENANZAS MEDIO AMBIENTALES

Inicio con esta rúbrica de contenido amplio una consideración sobre una forma reglamentaria que guarda gran proximidad con las Ordenanzas industriales tratadas en el punto anterior (VIII) pero que merece por su importancia objetiva en la sociedad actual, por su carácter de norma-imán, capaz

de atraer objetos contenidos antes en otros ámbitos, en otras formas reglamentarias, por el específico derecho que se le aplica también, una consideración separada por breve que ésta pueda ser.

Conviene incidir, antes que nada, en la competencia medioambiental de los Municipios. Esta es declarada genéricamente en el art. 25.2.f) de la LRBRL cuando se indica que:

«El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:

f) Protección del medio ambiente.»

Se trata, por tanto, de una atribución genérica de competencia que debe, posteriormente, ser concretada por otras normas pero que no impide al Municipio tomar cualquier iniciativa o prestar cualquier servicio que «contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal» (del art. 25.1. LRBRL). Esta mención, unida a la consideración de «poder público» del Municipio le abre unas posibilidades de acción inmensas en desarrollo y en la búsqueda de la «calidad de vida» a que se refiere el art. 45 de la Constitución Española. (Últimamente, incidiendo sobre las posibilidades, y las responsabilidades, municipales en materia medio ambiental puede recordarse el trabajo de L. MARTÍN RETORTILLO, La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional, RAP 115, 1988, pág. 205 y ss.).

Pero al margen de la iniciativa que pueda emprender el Municipio, no viene mal recordar aquí encargos genéricos de actuación en el aspecto medio ambiental hechos por legislación reciente, como la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que en su art. 42.3.b) construye una serie de responsabilidades mínimas para los Municipios que son las siguientes:

a) Control sanitario del medio ambiente. Contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales.

b) Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones.

c) Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico deportivas y de recreo.

d) Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte.

e) El control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria.

Sin duda en las anteriores rúbricas hay conceptos y contenidos que tradicionalmente se integraban en los Reglamentos sanitarios municipales denominación que, por cierto, ha desaparecido del derecho estatal general. Muchos de estos contenidos deben pasar a integrarse ahora en las Ordenanzas que desde perspectivas medio-ambientales inciden en la realización de los valores constitucionales. Eso da a las posibilidades municipales mayor transcendencia, mayor perspectiva también.

Pues bien, y desde el punto de vista meramente procedimental, creo que no caben dudas de que a estas Ordenanzas se les debe aplicar un procedimiento semejante de elaboración y aprobación que el que se otorgue a las Ordenanzas industriales. Postulo, así como principio una aprobación definitiva del Ayuntamiento a contemplar la Carta, con informe previo en la tramitación de la Comunidad Autónoma y de la Administración Estatal. Por supuesto que si para las Ordenanzas industriales se adoptara, al final, un procedimiento de elaboración semejante al que ahora tienen las Ordenanzas de uso del suelo y edificación (recuerdo ahora las dos alternativas con las que concluía el punto VIII), ese mismo procedimiento debería extenderse también a estas Ordenanzas medio-ambientales. La proximidad de objetos determina la necesidad de tramitaciones uniformes para todas ellas, la aplicación de principios comunes.

En algunos supuestos el ordenamiento contiene el mandato de elaboración de ordenanzas específicas en estas materias medio ambientales. Estoy pensando en lo regulado en el art. 9 de la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico que ordena para los Municipios cuyo

término municipal sea declarado, en todo o en parte, zona de atmósfera contaminada, la promulgación de las correspondientes ordenanzas o la adaptación de las existentes de acuerdo con los fines y medios previstos en la Ley. La tramitación de esas Ordenanzas se remite por la Ley a la legislación aplicable indicando que, en todo caso, es preceptivo el informe de la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, funciones hoy transferidas a las Comunidades Autónomas.

Lo recogido en el párrafo anterior quiere decir que el contenido de esta Ley en modo alguno sería obstáculo a la regulación que se postula en este Dictamen: aprobación municipal con informe previo de la Comunidad Autónoma. En ausencia de Ordenanzas, el párrafo tercero de este artículo indica que regirá un Reglamento que aprobará el Gobierno (la regulación está contenida en los arts. 23 a 32 del Decreto 833/1975, de 6 de febrero, con las modificaciones operadas por el D. 717/1987, de 27 de mayo).

Otra Ley abre, recoge y predetermina, también, la necesidad de surgimiento de Ordenanzas municipales específicas. Estoy pensando en la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos ley claramente incardinada en la perspectiva del Reglamento de 1961 de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. De esta Ley solo me importa ahora, notar cómo en una de sus disposiciones finales se dispone la obligación de los Ayuntamientos que a la entrada en vigor de la Ley no dispongan de Ordenanzas específicas sobre el tema, de aprobarlas en los plazos que reglamentariamente se fijan. Como guía para el contenido de esas Ordenanzas se prevé la emanación de una Ordenanza-tipo por el Gobierno. Su procedimiento de elaboración y aprobación sería el mismo que para las industriales y, por tanto, valen también para ellas todas las consideraciones dichas. (Para un tipo de residuos especial, lo indicado por esta Ley queda afectado por la reciente Ley 20/1986, de 14 de mayo, de residuos tóxicos y peligrosos).

Todo lo dicho hasta ahora y la postulación de libertad para el Municipio en la elaboración de estas Ordenanzas no quiere decir que no se sea consciente de la falta de autonomía municipal para rellenar esa Ordenanza. O, dicho de otra forma, la obligación de los Municipios -y también del Ayuntamiento de Barcelona aún protegido por la Carta- de colocar en esas Ordenanzas determinados contenidos técnicos, porcentajes, niveles etc. de agentes contaminantes permitidos o a partir

de los cuales debe empezar la prohibición y las consecuentes potestades sancionatorias o interventoras de la Administración local. La fuerza vinculatoria para el Ayuntamiento proviene de la incorporación de estos elementos técnicos a normas de la Comunidad Económica Europea (Reglamentos y, sobre todo, Directivas) que se aplican en nuestro país en función de lo regulado por el derecho comunitario originario y que han hecho cambiar notablemente en pocos años el gran cuerpo de nuestra legislación medio ambiental. Ello es cierto y debe constatarse, lo que no impide que sigan existiendo ámbitos de normación, posibles complementos a normativa ambiental vinculante, que deban ser elaborados y aprobados con autonomía por un gran municipio regido por una Carta municipal específica.

X) REGLAMENTOS DE PERSONAL

La expresión «Reglamentos de personal» es tradicional y responde a una realidad normativa, algo más rica en el pasado que en el presente, en cuanto que la centralización normativa producida sobre el régimen jurídico de la función pública, ha dejado con muy escaso contenido a los Reglamentos de personal de los Ayuntamientos.

Uno de los objetivos a cumplir por la futura Carta es el de permitir una política propia de personal. Lo amplio de la propuesta obligará a una precisión en el Capítulo relativo al personal al servicio de la Administración Local, pero si esa política autónoma goza de la protección suficiente para que pueda ser emprendida por el Ayuntamiento, muy probablemente podrá dar lugar al surgimiento de normativas específicas propias más amplias y ricas de las que hoy pueden incluirse en estos «Reglamentos de Personal».

Nó cabe duda de que hay un ámbito propio y adecuado para esos Reglamentos que ya existe y que no precisa de más especificaciones: reglas para la provisión interna de los puestos de trabajo, formación de Tribunales, órganos competentes en materia de personal (donde puede haber coincidencias con lo regulado por el Reglamento Orgánico) etc. La política autónoma de personal que desea el Ayuntamiento implicará cosas de más fuste y, desde luego, la necesidad de escapar de algunas de las prescripciones básicas de la Ley 30/1984 de 2 de agosto y de la LRBR. El carácter específico que pretende darse a la Carta municipal, permitiría esa huida siempre que

quedaran respetados, es obvio, los principios constitucionales relativos a la función pública (piénsese en los arts. 28 y 103 por ejemplo).

En cualquier caso, con un contenido amplio o estrecho, esos Reglamentos de personal deberían gozar de un procedimiento de elaboración y aprobación semejante al genérico de las Ordenanzas locales que hoy regula el art. 49 de la LRBRL. Durante ese procedimiento debería existir un trámite específico de audiencia a las Organizaciones sindicales representativas de la función pública local. No cabe duda de que pese a su aparente carácter «interno», también para ellos regiría el principio de publicidad en el diario oficial correspondiente, solo a partir del cual tendrían eficacia.

XI) LAS ORDENANZAS SOBRE APROVECHAMIENTO DE BIENES. EL SUPUESTO ESPECÍFICO DE LOS BIENES COMUNALES

Estas Ordenanzas sobre aprovechamiento de bienes, sean de propios o comunales, son complejas e importantes en Municipios rurales pero de trascendencia menor en la gran ciudad, por lo que el tratamiento en este lugar va a ser ciertamente simbólico.

Nuestra legislación de régimen local actual no recoge específicamente una denominación de Ordenanzas de aprovechamiento de bienes por lo que hay que pensar, con el criterio general seguido, que están comprendidas dentro de la expresión Ordenanzas locales del art. 49 y que, por tanto, les es aplicable el procedimiento de elaboración y aprobación allí indicado. Lo dicho ya en el punto III D) y E) me exime de más precisiones en este punto.

Baste con indicar, por último, que existe un procedimiento específico de aprobación de ordenanzas de bienes comunales cuando éstas restringen el derecho de igualdad en el aprovechamiento que, en teoría, deberían tener todos los vecinos (art. 18.1.c LRBRL). Esa restricción puede hacerse solamente cuando hay normas consuetudinarias que así lo avalan. Lo excepcional de la medida -pero económicamente muy importante en ciertos pequeños municipios para la pervivencia de los mismos- hace que el procedimiento de elaboración y aprobación sea excepcional, con aprobación de la Comunidad Autónoma y previo dictamen del órgano consultivo de la Comunidad -si existe- o del Consejo de Estado. La regulación se contie-

ne en el art. 75-4 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Lo inadecuado de su aplicación al Municipio de Barcelona me exime de más precisiones pero las pretensiones de exhaustividad en el tratamiento de las formas reglamentarias locales con las que se ha formulado este Dictamen me han indicado la conveniencia de contemplar un apartado para ellas.

XII) LOS REGLAMENTOS DE LOS SERVICIOS MUNICIPALES. OTROS REGLAMENTOS

El Ayuntamiento es un poder público prestador de servicios. Esos servicios puede prestarlos en régimen de concurrencia o de monopolio. Si lo hace en régimen de concurrencia, la aprobación del servicio -y su reglamentación- la hará el propio Ayuntamiento (art. 86-2 de la LRBRL). Si se pretende prestar el servicio en régimen de monopolio, la aprobación corresponde al órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma (art. 86-3 LRBRL).

Igualmente es posible la emanación de Reglamentos sobre procedimiento administrativo de la respectiva Corporación. En el derecho vigente actualmente, el campo de juego de estos Reglamentos es relativamente escaso, porque en materia de procedimiento administrativo se aplicaría el siguiente índice de normas:

- La Ley 7/1985, de 2 de abril, y la legislación estatal sobre procedimiento administrativo común.
- La legislación sobre procedimiento administrativo de las Entidades Locales que dicten las Comunidades Autónomas respectivas.
- En defecto de lo anterior y de acuerdo con el artículo 149.3 de la Constitución española, por la legislación estatal sobre procedimiento administrativo de las Entidades Locales que no tenga carácter básico o común.
- Por los Reglamentos sobre procedimiento administrativo que aprueben las Entidades Locales, en atención a la organización peculiar que hayan adoptado (art. 146 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales).

Es obvio que la Carta de Barcelona, por su naturaleza jurídica podría ampliar el campo de juego de estos Reglamentos. No se olvide, en todo caso, que habría límites difícilmente franqueables. En particular me parece que habría que aplicar analógicamente para los Municipios -y, por tanto, para el Municipio de Barcelona- lo dispuesto en el art. 12 de la Ley del Proceso Autonómico para la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas es decir, que en la normativa que dicen «en ningún caso puedan reducirse las garantías que establece la legislación estatal en favor del administrado».

Por último, a estos Reglamentos de procedimiento debería serles aplicables el procedimiento general establecido en la Carta para la redacción y elaboración de las Ordenanzas, es decir uno semejante -con las modulaciones que pudieran establecerse derivadas de la aceptación de lo dispuesto en este Dictamen- al regulado en el art. 49 de la LRRL.

También prevé el ordenamiento la existencia de Reglamentos de honores y distinciones propios de las corporaciones (art. 191 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales), que aunque no se diga nada específicamente, deben estar sometidos al procedimiento de aprobación común de las Ordenanzas (art. 49 LRRL).

XIII) CONCLUSIONES

Una vez terminado el estudio singular del régimen jurídico de la potestad reglamentaria municipal y de las principales formas reglamentarias locales y su adecuación a los principios del régimen de Carta de Barcelona, es el momento de sintetizar las conclusiones que de forma parcial se han ido estableciendo.

1.ª Como principio general y aplicable al régimen local general, la potestad reglamentaria municipal está implícitamente prevista en la declaración constitucional de autonomía local. Su extensión concreta deriva de la extensión de la competencia municipal delimitada por las Leyes. El juego de las Ordenanzas y Reglamentos municipales respecto a la Ley, no es, sin embargo, equivalente al que adopta el Reglamento ejecutivo en relación con la Ley que desarrolla. El principio de autonomía incrementa el ámbito de libertad municipal en la redacción de la Ordenanza.

2.^a En un régimen de Carta el planteamiento varía sustancialmente respecto a lo establecido en el punto anterior. La Carta de una gran ciudad incrementa el campo competencial del Municipio y, también, su ámbito de libre decisión. Consiguientemente se amplía el aspecto de regulación material de las Ordenanzas y, también, la libertad del Municipio en su elaboración.

3.^a La redacción de la Carta de Barcelona puede ser en nuestro tema, además, una ocasión para depurar aquellas incorrecciones del ordenamiento jurídico del régimen local advertidas en el período de vigencia de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y de sus reglamentos de desarrollo.

4.^a La denominación general a utilizar para designar el poder de elaborar Ordenanzas y Reglamentos debe ser la de «potestad reglamentaria». Tal expresión debe encontrarse en el precepto donde se enumeren las potestades municipales. Otra expresión, la de «potestad tributaria», cubre, según el entendimiento doctrinal común, tanto la decisión de adopción de un tributo como su reglamentación -si es necesaria- mediante la correspondiente Ordenanza fiscal.

5.^a Aún cuando no hay reglas generales suficientemente precisas y siempre pueden señalarse excepciones significativas, es conveniente reservar la palabra «Ordenanza» para designar las formas reglamentarias destinadas a producir efectos a terceros, mientras que la voz «Reglamentos» servirá para las normas de autoorganización. En última instancia, la tradición histórica general y específica del Municipio barcelonés, será la mejor guía en esta cuestión terminológica.

6.^a La amplia pluralidad de formas reglamentarias locales hace poco aconsejable intentar una enumeración que se quiera exhaustiva en el cuerpo de la Carta. La realidad siempre sobrepasará el marco legal, máxime si éste se configura de una forma estricta. Es preferible nombrar y regular las formas reglamentarias con máximo contenido hoy en día -ordenanzas generales o de policía y buen gobierno, fiscales, de edificación y uso del suelo, industriales, medio ambientales- y referir el régimen jurídico de las demás a un procedimiento general de elaboración y aprobación que se predicará de las «ordenanzas y reglamentos locales».

7.^a Debe contener la Carta una división específica destinada al régimen general de la potestad reglamentaria municipal.

En ella debe aparecer un procedimiento general de elaboración, aprobación, publicación y entrada en vigor de las Ordenanzas y Reglamentos municipales que será el aplicable a todas las formas reglamentarias allí especificadas y también para aquéllas que no cuenten con otro procedimiento específico en el cuerpo de la Carta. Cuando sea necesario, desde esa división deben hacerse las remisiones correspondientes a otras partes de la Carta. También deben aparecer allí las consecuencias de la infracción de las Ordenanzas, las competencias orgánicas generales en su elaboración y su relación con el ordenamiento jurídico.

8.ª En forma alguna debe existir un precepto en la Carta que posibilite la confusión de las Ordenanzas y Reglamentos con los Bandos del Alcalde. Pero debe preverse la emanación de Reglamentos de necesidad bajo la vestidura del Bando. Igualmente puede aparecer un recordatorio a la posibilidad de que los Bandos recuerden obligaciones reglamentarias o que la Ordenanza pueda mediante la remisión llamar al Bando a desarrollar sus preceptos.

9.ª Como regla general, debe construirse un procedimiento de elaboración y aprobación de Ordenanzas y Reglamentos que deje en manos del Ayuntamiento la aprobación definitiva de los mismos. Desde ese punto de vista, el modelo puede ser el art. 49 de la LRBR. La mayor parte de formas reglamentarias posibles deben seguir, por mandato específico de la Carta, ese procedimiento de elaboración.

10.ª Sería congruente con los objetivos generales de la Carta prever un sistema de iniciativa vecinal para la elaboración de las Ordenanzas o Reglamentos. Esta iniciativa podría ser muy recomendable para algunos tipos de Ordenanzas -las que podrían agruparse bajo la rúbrica de Ordenanzas generales o de policía y buen gobierno- y completamente inapropiada para otras, como las Ordenanzas fiscales, que deberían excluirse específicamente de este procedimiento. Si se decidiera esta posibilidad y al margen de la regulación concreta del procedimiento mediante Ordenanza, la Carta debería contener, al menos, la referencia a las materias incluidas o excluidas del ejercicio de la iniciativa vecinal, el número mínimo de ciudadanos que deberían avalar esta iniciativa, la facultad de calificación inicial del Pleno de la misma, y la posibilidad de intervención de una representación vecinal durante la tramitación del texto reglamentario.

11.ª La facultad normativa general que debe corresponder al Pleno podría ser compatible con la atribución de ciertas facultades normativas a los órganos representativos de los Distritos y al Alcalde. Esta facultad podría provenir tanto de una admisión en la Carta de la delegación normativa del Pleno para ciertas materias, como de la remisión específica que en determinadas Ordenanzas y Reglamentos se contuviera. En cualquier caso haría falta que la Carta no contuviera precepto impeditivo de la delegación o de la remisión.

12.ª Es adecuado mantener en el acto de la aprobación definitiva la exigencia de unos quorums reforzados en la votación para ciertas formas reglamentarias, las juzgadas como más importantes: Reglamento orgánico, Ordenanzas fiscales, Ordenanzas de edificación y uso del suelo.

13.ª En cuanto al control de la Administración del Estado y de la Comunidad Autónoma sobre la potestad reglamentaria municipal, debe mantenerse, al menos, el status actual en el que el control está judicializado prácticamente en su totalidad. Al mismo tiempo hay que evitar que en la Carta aparezca cualquier posibilidad de surgimiento de controles administrativos -constitucionales según la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional- y que legítimamente podrían ser regulados en ese instrumento dado su carácter excepcionador de la normativa básica estatal. Pero no basta con ello, hay razones objetivas para postular que algunos controles administrativos que aún perviven, como la aprobación definitiva de las Ordenanzas de edificación y uso del suelo, desaparezcan y se siga el régimen general de control exclusivamente judicial, con aprobación definitiva de las mismas por el Pleno municipal. Y ello aunque los Planes de Urbanismo puedan seguir estando sometidos a un cierto control.

14.ª Debe desaparecer, en todo caso, del ordenamiento jurídico aplicable al Municipio barcelonés cualquier posibilidad de emanación de informes vinculantes en el procedimiento de aprobación de las Ordenanzas, y que sustituyan el mismo texto elaborado por el Ayuntamiento. Esos informes, en cuanto sustitutivos de la voluntad municipal, son inconstitucionales. En el derecho ahora vigente, ello sucede en algunos supuestos en las Ordenanzas industriales.

15.ª Desde el punto de vista de control puede ser distinta la situación de las Ordenanzas y Reglamentos emanados dentro de competencias delegadas específicamente. Podrá haber apro-

baciones específicas y posibilidades de dirección del mismo ejercicio de la potestad reglamentaria. El marco jurídico general del uso de la delegación y de su control, podría aparecer en la Carta Municipal.

16.ª El ordenamiento jurídico local general actualmente vigente es sumamente impreciso, y aun confuso, en cuanto a la publicación y entrada en vigor de las Ordenanzas y Reglamentos municipales. La Carta de Barcelona puede ser la ocasión para aclarar -siquiera sea solo para el Municipio barcelonés- un ordenamiento imperfecto. La reunión en una única división de todo el régimen jurídico de la potestad reglamentaria municipal permitirá independizar los conceptos del control -si existe-, de la publicación y de la entrada en vigor. La publicación es requisito indispensable para la eficacia y validez de la Ordenanza y la entrada en vigor debe depender siempre de la misma. La «vacatio legis» debe ser la general del ordenamiento español (aplicación del Código Civil) a no ser que las mismas Ordenanzas, en uso de la autonomía municipal, dispongan otros plazos para la entrada en vigor. El sistema debe complementarse con la difusión, mediante publicaciones específicas, de las Ordenanzas y Reglamentos municipales.

17.ª La regulación actual de la potestad sancionatoria, como consecuencia de la infracción de las Ordenanzas, parece adecuada en términos generales. Debe preverse, no obstante, la adecuación periódica de la cuantía de las multas por parte del Pleno municipal con atención al índice de precios al consumo.

18.ª Parece adecuado mantener la existencia de un cuerpo central de Ordenanzas municipales denominado, al modo tradicional, de «policía y buen gobierno». En él pueden integrarse una serie de elementos históricos adecuados para comprender la peculiaridad de la ciudad y, también, los principios generales de los derechos y obligaciones de los vecinos. De este cuerpo central derivarían algunas ordenanzas locales específicas. Todas ellas seguirían el régimen general de elaboración y aprobación.

19.ª Una adecuada comprensión de la significación del régimen de Carta incrementa la importancia del Reglamento orgánico, contra lo que pudiera parecer en una primera consideración. La Carta debe prever una organización fija, no disponible por el Ayuntamiento respecto a la que solo ten-

dría facultades de desarrollo, y otra cuya modificación, anulación o complementación quede a la disposición del Reglamento. Las técnicas generales de la remisión y de la deslegalización explicarían el fenómeno de la relación Carta-reglamento orgánico.

20.^a La potestad tributaria local aparece decisivamente limitada por el principio de reserva de Ley en los términos fijados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La Carta debería concretar los elementos fundamentales de todo tributo, y solo así la Ordenanza fiscal podría operar con seguridad.

21.^a La contemplación del ordenamiento jurídico de las Haciendas Locales informa de la no necesidad, en todo caso, de las Ordenanzas fiscales para regular los tributos. Ello podría ser transplantable a la Carta municipal, aunque quizá incompatible con el principio de máxima autonomía que preside la elaboración de la Carta. Parece conveniente, en todo caso, la existencia de una Ordenanza fiscal general reguladora de la gestión, recaudación e inspección de los tributos.

22.^a El régimen de elaboración y aprobación de las Ordenanzas fiscales actualmente regulado en el ordenamiento jurídico de las Haciendas Locales, parece adecuado para las necesidades y objetivos de la Carta. En cuanto a la impugnación judicial, sería necesario el ejercicio de una opción en cuanto a los poderes del Juez de lo contencioso que aparecen regulados de forma distinta en diversas Leyes actualmente vigentes.

23.^a Pervive la necesidad de redacción de unas Ordenanzas generales de edificación y uso del suelo. Las normas urbanísticas de los Planes tienen otra orientación y finalidad que no sustituye a las Ordenanzas generales. Debe -como indiqué en la conclusión 13.^a- suprimirse el control administrativo sobre estas Ordenanzas. Sería conveniente que la Carta reafirmara la acción pública para exigir su cumplimiento.

24.^a Bajo la rúbrica Ordenanzas industriales se agrupan gran cantidad de contenidos caracterizados hoy por su regulación general preconstitucional que, además, presenta graves deficiencias desde el punto de vista de la jerarquía normativa. Sería conveniente la supresión de los controles adminis-

trativos o, en todo caso, que quedara claramente establecido que se aplicaría en todo caso uno semejante al actualmente vigente para las Ordenanzas de uso del suelo y edificación.

25.ª Las Ordenanzas medio ambientales tienen cada día más importancia en cuanto que bajo esa rúbrica se agrupan regulaciones procedentes de los viejos Reglamentos sanitarios y, también, porque sobre ellas incide una variada normativa estatal. Incluso la autonomía de los Municipios en este ámbito se ve rebajada por la vinculatoriedad de diversas normas provenientes de la Comunidad Económica Europea. Se hace necesario incrementar el ámbito de libre disposición municipal en estas Ordenanzas o, en todo caso, dejar claramente establecida la equiparación en cuanto a régimen de aprobación con el de las Ordenanzas de edificación y uso del suelo. Por su proximidad temática parece adecuado que Ordenanzas de uso del suelo y edificación, Ordenanzas industriales y Ordenanzas medio ambientales, sigan tramitaciones semejantes.

26.ª La posibilidad de contenido sustantivo para los Reglamentos de personal se derivará, fundamentalmente, de la excepción que se produzca a ciertos preceptos de la normativa estatal básica funcionarial. No obstante, sigue existiendo la necesidad de una normativa general en este ámbito, que debería seguir las reglas generales de elaboración y aprobación reguladas en la Carta.

27.ª No parece que en un gran Municipio industrial pueden ser de decisiva importancia las Ordenanzas sobre regulación y aprovechamiento de los bienes municipales, sea cual sea su naturaleza jurídica. En cualquier caso su procedimiento de elaboración y aprobación debe ser el general.

28.ª Pueden existir otra variedad de Reglamentos, como los de los servicios municipalizados, honores, procedimiento administrativo. Su procedimiento de elaboración y aprobación debe ser el general.

Zaragoza, febrero de 1989.

Administración de Justicia y Poder Judicial. La reforma de la ley de 1908 y el decreto de 1910.

75. Las Ordenanzas de 1908 y 1910. La reforma de la ley de 1908 y el decreto de 1910.

LA REFORMA DEL

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. DEL RÉGIMEN DE LOS RECURSOS

ADMINISTRATIVOS

76. El artículo 1.º de la Ley de 1908. El artículo 1.º de la Ley de 1910. El artículo 1.º de la Ley de 1911.

77. El artículo 2.º de la Ley de 1908. El artículo 2.º de la Ley de 1910. El artículo 2.º de la Ley de 1911.

78. El artículo 3.º de la Ley de 1908. El artículo 3.º de la Ley de 1910. El artículo 3.º de la Ley de 1911.

Barcelona, febrero de 1911.

I. PER QUÈ I DES DE QUINS VALORS S'HA DE REFORMAR EL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU

Qualsevol projecte polític de modernització de l'Administració Municipal i de l'Administració Pública en general no pot deixar de considerar la reforma del procediment administratiu i del règim general dels recursos administratius. Ara bé, la primera qüestió és des de quin punt de vista, és a dir, de quins valors ha de ser abordada aquesta reforma. En altres paraules què és el que pretenem mitjançant la reforma del procediment administratiu (que en sentit ampli inclou també el sistema dels recursos administratius). Seguidament considerem les raons que justifiquen la reforma i exposem els valors que hauran d'orientar-la.

1. Les raons de la reforma

Malauradament no disposem d'avaluacions tècniques dels procediments existents. Comptem tan sols amb les reflexions i propostes dels administrativistes, que són interessants, per bé que del tot insuficients en restar massa ancorades en una perspectiva garant del procediment administratiu, que, d'altra banda, és la perspectiva genuïnament jurídica. El que passa és que el procediment administratiu no és una matèria exclusivament jurídica: hi ha aspectes jurídics i no jurídics del procediment administratiu i tots han de ser considerats a l'hora de la reforma.

Les nostres reflexions i propostes tenen en compte els estudis doctrinals (1); però tenen en compte, sobretot, de les disfuncions procedimentals evidenciades a través dels informes del Defensor del Pueblo i del Síndic de Greuges, l'estudi dels quals ens han revelat les següents:

- un abús freqüentíssimament denunciat a tots els àmbits i esferes de l'actuació administrativa és el del silenci administratiu negatiu, tant en via de petició com en via de recurs. Potser no hi ha res més irritant o desolador per a l'administrat que el silenci davant de les seves peti-

cions, reclamacions o recursos. I en molts casos res de més injust, car si el problema no es resol en via administrativa i en temps, els ciutadans més pobres no podran suportar el cost econòmic i de temps de la justícia (?) administrativa, fent en molts casos dexació dels seus drets i interessos legítims.

- molt relacionat amb l'abús anterior es troba el també reiteradament denunciat en relació a totes les Administracions, referent a la no execució o execució injustificada tardana o execució reticent, parcial o insuficient o incompleta de les sentències judicials fermes guanyades pels particulars contra les Administracions Públiques.
- altres queixes nombroses són les referents al tracte poc adequat rebut pels administrats, a les dificultats que aquests, per manca d'informació o d'altres, troben per arribar a presentar les reclamacions, i que, quan aquestes es resolen expressament, sol ser amb un retard injustificable i lesiu, com passa en concret amb les reclamacions econòmico-administratives.
- també hi ha queixes referides a l'excés de formalisme, a la manca de claredat i a la inadequació, pel poc planer i entenedor, del llenguatge emprat en les respostes donades per les Administracions a les peticions o consultes dels ciutadans.
- pot ser que la queixa més generalitzada sigui la referent a la lentitud injustificable en la tramitació dels expedients administratius. El retard injustificable i incomplidor dels terminis legalment establerts sol produir perjudicis molt greus no sols per als interessos particulars dels administrats sinó també per a la dinàmica general de la societat. Aquests retardaments són generals: en obtenir les llicències i permisos per a una activitat empresarial, en reconèixer les pensions dels funcionaris civils i dels militars, en pagar el preu just de les expropiacions, en resoldre els expedients i pagar la prestació de desocupació...
- altra causa productora de problemes i de queixes és la manca d'informació suficient i adequada als administrats, fins al punt que aquests moltes vegades acudeixen al Defensor del Poble més en demanda d'informació suficient que plantejant queixes en sentit estricte. Es tracte també

d'una queixa generalitzada al conjunt dels serveis administratius. De vegades es tracte també de pràctiques quasi escarnidores com passa quan s'han acabat els crèdits de foment econòmic o de feina i no es diu als interessats fent-los perdre el temps i els diners.

- els ciutadans es queixen també de les dificultats que tenen per accedir directament als funcionaris o als jutges que entenen el seu cas. Les relacions són excessivament impersonals, massa formalistes i predominantment escrites. Aquesta queixa és especialment nombrosa en l'Administració de Justícia i en relació als Centres i Serveis Sanitaris dels que es denunciïen les llistes d'espera, la manca d'informació, les dificultats d'accés als facultatius i la pràctica impossibilitat de les reclamacions.

Pel que fa al Síndic de Greuges cal subratllar una gran coincidència amb les deficiències del sistema administratiu que es desprenen dels Informes del Defensor del Pueblo: l'abús del silenci administratiu negatiu; la manca d'informació sobre els serveis públics o sobre l'aplicació de noves mesures legals; dificultat per a obtenir documentació administrativa necessària per a la pròpia Administració (per ex., certificacions acreditatives dels períodes cotitzats a la Seguretat Social); demores i dilacions injustificables en la resolució dels expedients administratius; insuficiència o manca de motivació de les resolucions administratives...

2. Els valors que han d'orientar la reforma

Almenys des del punt de vista teòric, el procediment administratiu està configurat per a garantir una sèrie de valors jurídics (és a dir, de convivència) com són: la legalitat de l'administració, la garantia dels drets i interessos legítims dels ciutadans, l'objectivitat de l'acció administrativa, la imparcialitat dels funcionaris, i la famosa tripleta «economía, celeridad y eficacia» que són una expressió dels valors actuals de l'eficàcia i l'eficiència (2). Aquests valors -que avui estan constitucionalitzats- mantenen plena justificació i vigència; però cal afegir-ne d'altres com són l'efectivitat i la receptivitat.

L'efectivitat de l'acció administrativa fa referència a que l'Administració Pública faci efectivament el que convé als interessos públics i deixi de fer el que ja no respon a les

exigències d'aquests interessos. Pot donar-se el cas d'una actuació administrativa altament eficaç i eficient i que resulti absurda per ser inefectiva. Peter DRUCKER, en tractar de les especificitats dels serveis públics, ha insistit força en aquest valor:

«...el problema fundamental de las instituciones de servicios no es el elevado costo, sino la falta de efectividad. Pueden ser muy eficientes y algunas lo son. Pero tienden a no hacer lo que corresponde. La creencia de que la institución de servicios rendirá si desarrolla su actividad con criterio comercial subyace en los muchos intentos de organizar dichos servicios como entidades públicas autónomas;... Es posible que la falta de mezquinas reglamentaciones burocráticas produzca ciertos efectos colaterales beneficiosos. Pero rara vez se obtiene el principal efecto buscado, que es el rendimiento. Es posible que los costos disminuyan (aunque no siempre es el caso; la organización del transporte londinense y de los correos británicos como empresas comerciales autónomas, y por lo tanto muy vulnerables a la presión sindical, determinó un aumento sideral de los costos). Y es posible que algunos servicios esenciales para la realización del propósito de la institución se vean menoscabados o anulados en nombre de la eficiencia.» (3).

El valor de la «receptivitat» (traducció llatina de l'anglès «responsivness») té una significació i funcionalitat completament diferent. S'orienta a la millora de les relacions entre l'Administració i els ciutadans considerats com a «clients». Tracta de superar la concepció tecnocràtica de l'Administració i pretén -mitjançant les tècniques del «públic sector marketing» (4)- produir una percepció o imatge positiva de l'Administració en els ciutadans. Com aquest és el valor que hem emfasitzat al llarg d'aquest treball, sembla convenient exposar-ne l'abast, seguint els passos de l'OCDE i adoptant-ne la seva pròpia terminologia.

En aquest sentit direm que la receptivitat no és una acció que pugui emprendre el funcionari. Més bé és la conseqüència de com l'Administració fa la seva feina...

Malgrat els punts de vista tan diferents dels clients, sembla possible establir quatre grans àrees o dimensions que poden compondre la idea que els clients es fan de l'Adminis-

tració receptiva. Aquestes dimensions poden ajudar a orientar les reformes i són les següents:

- un sistema administratiu comprensible: el creixement i la complexitat de les administracions no té per què fer-les intel·ligibles. Molts individus i petites empreses no arriben a comprendre com funciona l'Administració i experimenten greus dificultats per a tractar-hi. La millora de la informació, la simplificació dels procediments i la reorganització clarificadora de les responsabilitats i els controls poden contribuir a millorar la receptivitat en aquesta primera dimensió.
- atendre les necessitats dels clients: la segona cosa que els clients demanen és que l'Administració tingui en compte (en el marc dels objectius de les polítiques establertes) quines són les seves necessitats actuals. Sovint les polítiques són elaborades com a resultat de la interpretació que de les necessitats fan els elaboradors de les polítiques o com a resultat de la interacció entre aquests i els grups d'interès. En molts casos els mitjans de satisfer les necessitats dels clients es decideixen en el punt d'implementació. Els clients volen tenir la possibilitat d'ésser escoltats on i quan es prenen les decisions que els afectaran. Els clients haurien de tenir la possibilitat d'ajustar el contingut i el procés dels productes administratius per tal que els objectius siguin ben atesos. Les necessitats dels clients no es defineixen tan sols en termes de resultats o productes sinó que comprenen altres factors com la velocitat i el cost del servei.
- assegurar-ne l'accés: els clients també demanen que tota interacció particular es produeixi de forma tal que se'ls asseguri el ple accés. Aquesta dimensió de la receptivitat inclou aspectes tals com l'espacial (localització i accessibilitat de les oficines), físics (facilitats pels subdotats o «finestretes» confortables i no intimidatòries), temporals (hores d'obertura que permetin la visita de la població treballadora) i cognoscitius (instruccions, impresos i comunicacions que es puguin entendre).
- estimular-ne la participació activa: moltes actuacions administratives exigeixen o poden ser fetes més eficientment si pot comprometre's la dels clients en llur procés de producció. Des de la perspectiva del client això dona un sentiment de responsabilitat del producte i ajuda a què

l'Administració s'orienti vers les necessitats dels clients. Aquesta cooperació pot ser vista com una protecció contra la imatge «terapèutica» dominant de la burocràcia. Pot requerir el disseny de nous tipus d'organització administrativa ja sigui de prestació de serveis ja de funcions de compliment de legalitat com és el cas de la recaptació d'impostos que té en el compliment voluntari un factor crucial. (5).

II. LA REFORMA DEL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU

1. Consideracions generals sobre la significació del procediment administratiu

L'opinió general i més acceptada considera el procediment administratiu com el conjunt de comportaments o actuacions imposades per les normes jurídiques procedimentals a fi i efecte d'assegurar-ne alhora l'adopció correcta de les decisions administratives i la garantia dels drets i els interessos dels particulars. Com diu l'Exposició de Motius de la Llei 17 de juliol de 1958 (LPA), «la necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento, ágil y flexible que permita dar satisfacción a las necesidades públicas, sin olvidar las garantías debidas al administrado».

Però a hores d'ara, després de 30 anys de vigència de la LPA, bé podem dir que la concepció garantista del procediment administratiu ha anorreat la seva significació d'eina per a la realització eficaç i eficient dels interessos públics. En la teoria i en la pràctica ha preocupat molt més que el comportament administratiu s'ajustés formalment a la legalitat que fos el comportament eficaç (adequat als objectius), eficient (al cost mínim) i entès i acceptat pels administrats interessats. És cert que les normes de la Llei de Procediment Administratiu no són totes normes de garantia i que una bona part d'aquesta Llei conté normes asseguradores de l'economia, celeritat i eficàcia del procediment o de la informació i bones relacions amb els ciutadans. Ara bé aquestes normes són precisament les que no s'apliquen, car de fet no són normes jurídiques en sentit estricte, donat que llur incompliment no pot produir normalment l'anul·lació de les actuacions administratives i sols abasta a produir la responsabilitat disciplinària del funcionari (la qual cosa té molt més de teòric que no pas de real).

Als efectes d'esbrinar quina aportació pot derivar-se'n de la reforma del procediment administratiu a la millora de les relacions entre les Administracions i llurs clients creiem convenient de distingir entre els aspectes jurídics i els aspectes no jurídics o gestors del procediment administratiu. Els primers vindrien constituïts per la regulació estrictament jurídica del procediment, és a dir, pel conjunt de normes jurídiques procedimentals la vulneració de les quals determina la possibilitat d'anul·lació jurisdiccional de les actuacions administratives. Aquestes normes jurídiques procedimentals estan posades per a garantir no sols la defensa dels drets i els interessos dels ciutadans sinó també valors fonamentals de l'acció administrativa com són l'objectivitat, la imparcialitat dels agents, la interdicció de l'arbitrarietat, l'oficialitat, economia, publicitat i gratuïtat del procediment.

Però els aspectes tècnics o gestors són tan importants com els aspectes estrictament jurídics del procediment. Com hem tingut ocasió de veure a través dels informes del Defensor del Pueblo i del Síndic de Greuges, els ciutadans es queixen més de les deficiències d'informació i atenció, de la lentitud del procediment, dels obstacles o requisits infundats, dels costos indirectes, de l'abús del silenci, de la manca de claredat i motivació de les decisions, etc., que de l'incompliment per l'Administració de la legalitat vigent. En canvi i en contrast obert, els funcionaris encara tendeixen majoritàriament a creure que n'hi ha prou amb què la resolució sigui legal, i no solen donar-los-hi massa fred ni calor el que sigui tardana, hagi impositat costos injustificats als administrats i produït en aquests un resentiment contra la forma d'actuar de l'Administració. És precisament aquesta contradicció entre la satisfacció del funcionari legalista i la insatisfacció del ciutadà que es considera desatès el que cal anar resolent. Però les solucions no vindran de la reforma de les normes jurídiques procedimentals sinó de la reforma dels comportaments organitzacionals de l'Administració. Quan els comportaments administratius incorporin i expressin els valors d'eficàcia, eficiència i receptivitat llavors estarem en el bon camí. Però aquesta incorporació depèn en part de la reforma acceptada de les regles tècniques del procediment administratiu, és a dir, de la definició i disseny i la implementació d'aquestes tasques. La simplificació o racionalització dels procediments, s'acabi o no expressant en manuals, i les tècniques d'anàlisi de les necessitats del públic, de llur informació i participació, són

temes rellevants dels aspectes gestors o no jurídics del procediment administratiu, el tractament dels quals pertoca a les ciències de la gestió pública i no a la ciència jurídica.

2. Els aspectes jurídics del procediment administratiu

De la lectura dels informes del Defensor del Pueblo i del Síndic de Greuges o de l'estudi de les Memòries del Consell d'Estat es desprenen una sèrie d'observacions sobre el mal funcionament del procediment administratiu que demanen reformes immediates (6). Ja hem dit, però, que: 1. Aquestes memòries i informes són insuficients com a diagnòstic de l'Administració, car sols constaten una part del que no funciona i no arriben mai a revelar-ne les causes. 2. Els problemes rellevants tenen solucions que depenen quasi sempre del canvi dels comportaments administratius i gairebé mai de la reforma de les normes jurídiques procedimentals. Tot i així, al llarg d'aquests darrers anys, alguns autors han demanat la reforma de la vella LPA. Les reformes proposades, pel que ens consta, s'enfoquen a millorar les relacions entre l'Administració i els ciutadans i afecten principalment a la legitimació per a comparèixer com a interessat en el procediment, al règim del silenci administratiu i al sistema de recursos administratius.

Abans d'exposar ràpidament l'abast i els problemes d'aquestes reformes cal fer esment a una qüestió prèvia: la competència de la Generalitat per a emprendre-les. Cal considerar, en efecte, que l'article 149.1.18 de la Constitució atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre «el procedimiento administrativo común», no restant per a les Comunitats Autònomes altra competència possible que la de regular «las especialidades derivadas de su organización propia». És a dir, la legislació sobre el procediment administratiu comú a totes les Administracions Públiques correspon, i sols correspon a l'Estat. La competència estatal sobre el procediment administratiu no es constreny a les bases sinó que s'estén sobre tot el cicle legislatiu. Les Comunitats Autònomes sols poden introduir-hi legislativament les especialitats procedimentals derivades de llurs especificitats organitzatives, essent la interpretació d'aquesta clàusula el veritable problema jurídic en el que aquí no ens pertoca endinsar-nos. El Consell d'Estat, en la seva Memòria de 1986, s'ha sentit obligat a emfasitzar

aquesta interpretació, sortint al pas d'equívocs que ja estaven sembrats en la pràctica administrativa:

«Que la competencia exclusiva del Estado para establecer el procedimiento administrativo común, debe entenderse referida a todas las Administraciones Públicas, no coexiste con potestades normativas autonómicas respecto de las que la legislación del Estado opera como básica y no reconoce ni admite otras especialidades que las derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas y -cabe añadir- de la organización propia de otras Administraciones, cuales son la municipal y la provincial.» (7).

Conseqüentment queda per resoldre el problema jurídic de si les propostes de reforma normativa del procediment administratiu que seguidament s'exposen poden o no emprendre's per la Generalitat de Catalunya en ús de la seva competència per a fixar les especialitats procedimentals derivades de la seva pròpia organització.

2.1. L'eixamplament de la legitimació procedimental

Fins els autors més liberals han caracteritzat d'excessivament individualista la regulació del procediment administratiu en la LPA (8). Aquesta restricció individualista plasmada en l'exigència de la titularitat d'un dret subjectiu o d'un interès directe, personal i legítim per a comparèixer com a «interessat» en un procediment administratiu s'avé malament amb el caràcter «social» de l'Estat constitucionalment proclamat. És de la clàusula de l'Estat democràtic i social de Dret, inspiradora de l'article 9.2 i de l'ampli reconeixement dels drets econòmics i socials en la Constitució, com cal reinterpretar el concepte d'interès legítim de l'article 24.1 o determinar-ne l'abast de tot l'article 105 de la Constitució. En concret, cal reconèixer la legitimació per a participar com a interessats en el procediment tant d'elaboració de disposicions com de resolucions administratives a les persones o entitats portadores o exponents dels anomenats interessos difosos o col·lectius com a concepte diferenciat dels interessos públics.

Cal reconèixer que en aquest sentit ja s'han fet alguns avenços sectorials importants. Per exemple, la Llei estatal 26/1984, de 19 de juliol, per a la defensa dels consumidors i usuaris la qual estableix com a un dels seus drets bàsics:

«la audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente establecidas» (art. 2.1.e).

També cal registrar, en l'àmbit local, el reconeixement de les associacions per a la defensa dels interessos generals o sectorials dels veïns fet per l'article 72 de la Llei 7/1985, de 15 d'abril, Municipal i de Règim Local de Catalunya, l'article 143.2 de la qual estableix en relació a les associacions de veïns que, per acord del ple, tindran dret a:

- a) rebre informació directa dels assumptes que són de llur interès;
- b) elevar propostes d'actuació en l'àmbit de les matèries que són de la competència municipal;
- c) formar part dels òrgans de participació;
- d) intervenir en les sessions del ple i de les comissions d'estudi, d'informe o de consulta en els supòsits específics que es determinin.»

En conclusió, el camí per a superar la concepció individualista de la LPA de 1958 està expedit. Cal que el legislador estatal procedeixi a reconèixer mitjançant una clàusula general la legitimació procedimental de les persones i entitats portadores o exponents d'interessos generals o sectorials de la col·lectivitat. Mentrestant, creiem que, des del punt de vista jurídic res no impedeix i des del punt de vista tècnic i polític tot aconsella que la Generalitat procedeixi per via de fet, d'instruccions o àdhuc normativa a eixamplar la legitimació procedimental.

2.2. La reforma del règim jurídic del silenci administratiu.

L'abús per part de l'Administració del silenci administratiu negatiu constitueix, com hem pogut veure, una de les causes més freqüents de les queixes dels administrats. La veritat és que el silenci administratiu negatiu és una pràctica administrativa irritant: que l'Administració no dicti un acte administratiu, quan pot i està obligada a fer-ho,

demorant o desconeixent els interessos privats i públics que en depenen, és quelcom que revolta la consciència cívica moderna. La denegació per silenci corromp la fidúcia mínima dels ciutadans envers l'Administració. Sobretot quan, malgrat l'obligació administrativa de dictar una resolució expressa més que sigui tardana, aquesta obligació s'incompleix sense que de tals incompliments s'hagin derivat fins ara responsabilitats de cap mena ni per a les Administracions ni per als seus agents.

Tampoc val a quedar-se tranquil argumentant que la presumpció de denegació per silenci pot ser coneguda mitjançant la impugnació de la denegació presumpta en via contenciosa administrativa. Això només és una solució (i dolenta) pels afortunats que poden esperar el temps i pagar els diners del procés corresponent, i mai no és una solució per als interessos públics connexos amb els drets i els interessos privats (com és el cas del silenci administratiu negatiu en expedients dels que en depèn el desenvolupament econòmic i social). No tractem de desconèixer que el silenci negatiu va representar un progrés històric en permetre la tutela per la jurisdicció contenciosa administrativa d'una sèrie de drets i interessos que d'altra manera no haguessin tingut accés donat el caràcter revisor d'aquella jurisdicció plasmat en l'exigència del requisit processal d'un acte administratiu previ. Però això no treu que avui el silenci negatiu no sigui solució més que de situacions patològiques extremes, que és lògic que interessin als advocats i a la doctrina jurídica, però que deixen freds a la immensa majoria dels ciutadans. De fet per a aquests el silenci administratiu negatiu avui opera més com a una coartada que com a solució. Coartada de la irresponsabilitat del comportament administratiu que s'empara amb la possibilitat de control jurisdiccional. No cal dir que aquesta situació ha de ser capgirada, però com?

La primera solució donada pel dret vigent ha consistit en fer que el silenci administratiu positiu vagi guanyant terreny al silenci negatiu amb la voluntat expressament confessada, d'arribar a substituir-lo. Aquesta és la via empresa pel R.D. Llei 1/1986, de 14 de març, de mesures urgents administratives, financeres, fiscals i laborals, el propòsit del qual en aquesta matèria és «simplificar los trámites administrativos de creación, instalación, traslado y ampliación de empresas» mitjançant «una aplicación del silencio administrativo positivo» dictada «como ensayo previo a la revisión del procedimiento administrativo general y con el ca-

rácter de legislación del procedimiento administrativo común». La solución normativa ve expresada en els articles 1 i 2 que diuen:

«Artículo 1. Las licencias y autorizaciones de instalación, traslado o ampliación de Empresas o Centros de trabajo se entenderán otorgadas por silencio administrativo positivo, sin necesidad de denuncia de mora, transcurrido el plazo de dos meses, a contar desde la fecha de presentación de la solicitud, salvo que previamente tuvieran establecido un plazo inferior, siempre que los interesados presenten sus peticiones debidamente documentadas y éstas se ajusten al Ordenamiento jurídico. La resolución expresa de la Administración podrá especificar el alcance de la autorización concedida y los requisitos y condiciones de ésta, dentro de los límites fijados por el Ordenamiento Jurídico y la solicitud del interesado.

Continuará siendo de aplicación el régimen general del silencio negativo, conforme al artículo 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo (citada), a las licencias y autorizaciones incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo anterior, en las materias señaladas en el anexo de este Real Decreto-Ley.

Artículo 2. Los particulares podrán solicitar de la Administración Pública, a efectos informativos, y ésta deberá entregar el oportuno acuse de recibo en el que conste la fecha de presentación de su petición de licencia o autorización, la normativa por la que se rija ésta y el régimen de aplicación del silencio administrativo.»

Però el silenci administratiu positiu, tal com ha quedat configurat en aquest R.D. Llei i en general en el dret positiu espanyol, és una solució carregada de problemes i, pel mateix, més aparent que no pas real. El dilema del silenci administratiu positiu és, en efecte, que no sembla tolerable que a la seva empara puguin adquirir-se situacions jurídiques il·legals, però serveix de ben poc si l'Administració pot destruir els efectes del silenci mitjançant una interpretació de la legalitat simplement diferent a la feta per l'administrat. La conseqüència ha estat el reconeixement jurisprudencial de la validesa i l'eficàcia de l'acte administratiu exprés que modifica o substitueix l'acte tàcit

guanyat per silenci positiu en base a la il·legalitat d'aquest.

Per tal de sortir del dilema, alguns autors han proposat que els efectes del silenci positiu sols puguin ésser enervats per l'Administració en el cas que la il·legalitat guanyada fos constitutiva d'una nul·litat absoluta o de ple dret. Es tracta, però, d'una simple opinió doctrinal que no es correspon ni amb les solucions normatives ni amb la jurisprudència.

El R.D. Llei 1/1986, no ha avançat gaire en la solució del dilema, car ha condicionat l'eficàcia del silenci positiu a què les peticions estiguin degudament documentades i resultin conformes a l'ordenament jurídic. L'única novetat introduïda per aquesta disposició és la cautela de l'acusament de recepció prevista al seu article 2, la qual no és prou per a resoldre el dilema abans esmentat: què passarà si l'Administració estima que la petició guanyada per silenci és il·legal?

A efectes «de lege ferenda» creiem que la solució podria consistir: 1. Considerar que el silenci administratiu positiu és un acte administratiu veritable plenament eficaç. 2. El descobriment per l'Administració de la il·legalitat de la situació jurídica efectivament creada pel silenci administratiu positiu només pot ser combatuda mitjançant l'ús i segons el règim de la potestat de revocació d'ofici. 3. L'eficàcia del silenci administratiu positiu sols podrà ésser suspesa mitjançant resolució judicial basada en la lesió greu dels interessos públics. 4. La revocació en ferm d'una situació jurídica creada per silenci administratiu positiu determinarà necessàriament l'obertura d'un expedient per tal de determinar la responsabilitat administrativa o d'altres dels funcionaris o autoritats corresponents. (9).

2.3. La inactivitat de l'Administració i llurs possibles remeis jurídics.

El silenci administratiu sols és una manifestació d'un fenomen més general: la inactivitat de l'Administració. El gran problema es produeix quan l'Administració Pública, tenint l'obligació jurídica d'actuar, per les raons que sigui, resta inactiva i deixa sense satisfer els interessos públics concernits i els privats que en depenen. Quan l'Administració no dicta el reglament o no crea l'òrgan administratiu

necessari o no atén la denúncia fundada o no presta els serveis públics compromesos deixant de construir o retardant la construcció d'una carretera o d'un ambulatori, en tots aquests casos no hi ha silenci administratiu ni positiu ni negatiu, sinó simple inactivitat material de l'Administració, la qual -no caldria dir-ho- és una font de frustració, irritació o desafecció dels ciutadans envers les seves pròpies Administracions.

Per tal de centrar el tema cal distingir entre la inactivitat formal o silencial de l'Administració i la inactivitat material. La primera consisteix en la inactivitat de l'Administració produïda en un procediment dins el qual el particular ha sol·licitat la producció d'un acte administratiu. El tractament legal de la inactivitat formal de l'Administració és el silenci administratiu, en el qual, com ha dit la Sentència del Tribunal Suprem de 20 de febrer de 1980, la inactivitat de l'Administració es correspon amb una activitat de l'administrat.

La inactivitat material de l'Administració comprèn una sèrie molt diversa de variants, cap de les quals resulta reducible al silenci administratiu estricte, i d'entre les que resaltarem:

- a) l'incompliment per l'obligació de dictar un acte administratiu;
- b) la no producció dels reglaments o disposicions generals legalment necessaris per a l'efectiva aplicació de les lleis;
- c) la no creació dels òrgans necessaris pel compliment de les tasques administratives ordenades per les lleis;
- d) la no realització material de les prestacions compromeses en els serveis públics;
- e) la inactuació de les accions en defensa dels drets i interessos que estan atribuïts a l'Administració, i
- f) la inexecució de les sentències dels Tribunals.

En els últims anys s'ha anat estenent la consciència de la gravetat del problema, que va plasmar, primerament, en una sèrie d'intents frustrats de reforma legislativa (10) i, sobretot, en alguns «fragments jurisprudencials» que apun-

ten vers possibles remeis jurídics de la inactivitat material de l'Administració. De seguida exposarem aquests remeis -més que sigui de forma necessàriament esquemàtica-. Abans, però, voldríem remarcar que l'eficàcia dels remeis jurídics també és aquí molt limitada. Tal com ha assenyalat NIETO, que és qui primer es va preocupar pel problema:

«...aunque en los párrafos anteriores se ha venido insistiendo en la necesidad de descubrir -y, en su caso, de crear- nuevos cauces jurídicos, ello no implica desconocimiento de su insatisfactoriedad esencial. Porque, como tantas veces y en tantos lugares he venido repitiendo, las exigencias sociales no se satisfacen con fórmulas legales ni con logros jurisprudenciales, forzosamente limitados a supuestos e individuos concretos. Esto es necesario, más no suficiente. Las consecuencias de la inactividad material de la Administración son obviamente indeterminadas, generales y permanentes. Los Tribunales pueden remediarlas en manifestaciones individualizadas, pero es notorio que por cada consecuencia que remedian, quedan otras miles sin atender.» (11).

L'esquema de serveis jurídico-processals que pot deduir-se d'alguns fragments de jurisprudència és el següent:

- a) La legitimació per a sol·licitar el control jurisdiccional de la inactivitat material de l'Administració és molt àmplia car comprèn no sols els drets i interessos individuals sinó també els col·lectius o difosos (Sentències del T.S. d'l i 10 de juliol de 1985), estant plantejada a nivell «de lege ferenda» la supressió del requisit processal de la legitimació quan el que s'impugna és tan sols la il·legalitat de l'actuació o inactivitat administrativa.
- b) Superat l'obstacle de la legitimació, cal concretar l'acte administratiu contra el que s'interposarà el recurs contenciós administratiu. Perquè, si es tracta d'una inactivitat consistent en la no producció d'un acte administratiu, llavors es provocarà la conversió de la inactivitat material en silenci negatiu mitjançant la simple petició (S.T.S. 25 maig 1982). I quan la inactivitat es refereix a actuacions materials no concretables en un acte administratiu concret, llavors el mecanisme serà la denúncia, la formulació de la qual permet, cas de ser desatesa, l'accés directe a la jurisdicció contenciosa

administrativa, tal i com finalment ha reconegut el propi T.S. (Sentències de 25 de maig de 1982 i 20 de juny de 1984). Ha estat precisament aquest darrer capgirament jurisprudencial el que ha produït que el control judicial de la inactivitat material de l'Administració hagi deixat de ser un voluntarisme doctrinal per a convertir-se en una solució real i viable.

- c) La pretensió processal podrà consistir en: 1) el reconeixement d'una situació jurídica individualitzada, consegüent a l'anul·lació de l'acte presumpte provocat per silenci administratiu, o 2) en la sol·licitud d'una sentència de condemna, vinculada o independent de la declaració anterior, per la que s'ordena a l'Administració que acabi amb la inactivitat denunciada i actuï.
- d) A títol incidental pot demanar-se que el Tribunal adopti les mesures necessàries per tal que cessin, de manera provisional però immediata, els efectes derivats de la inactivitat de l'Administració, encara que no hagi arribat a produir-se un silenci formal de l'Administració. Aquestes mesures provisionals consistiran d'ordinari en la producció pel Tribunal d'una ordre adreçada a l'Administració.
- e) La Sentència, d'acord amb la pretensió exercitada, pot adoptar una de les modalitats següents: 1. Anul·lació de l'acte administratiu presumpte i, eventualment, reconeixement d'una situació jurídica individualitzada, comprènent-hi, si s'escau, la indemnització dels danys i perjudicis. 2. Condemna a l'Administració ordenant-li que cessi en la seva inactivitat, podent a més, quan s'escaigui, insertar instruccions judicials concretes sobre l'abast de les actuacions obligades, i assenyalant els danys i perjudicis que puguin haver-se produït.

És evident que tot l'anterior té força interès per a les professions jurídiques. Però des del punt de vista de la millora de les relacions entre les Administracions i els ciutadans té un interès limitat i relatiu, car no arribarà a resoldre més que certes situacions d'abast individual i caire patològic. Des del punt de vista que aquí ens interessa, la qüestió prioritària no és la de com accedir al control jurisdiccional de la inactivitat material de l'Administració, sinó com eradicar o reduir al mínim aquesta inactivitat i com superar-la ràpidament quan arribi a produir-se. Lla-

vors novament passen a primer terme els aspectes no jurídics -i no necessàriament polítics- del procediment administratiu. En aquest sentit pensem que el que cal és precisament despolititzar, internalitzar i normalitzar el tractament administratiu de les queixes dels ciutadans.

L'inconvenient més greu del control parlamentari, com en general de tots els controls externs, incloent-hi el Defensor del Pueblo i el Síndic de Greuges, és que produeixen en les organitzacions administratives afectades per les queixes una reacció defensiva i de justificació, poc propícia al canvi del comportament denunciat. En aquest sentit creiem que els controls externs (tan necessaris com insuficients) han de ser completats per mecanismes interns mitjançant els quals es puguin detectar les deficiències administratives (i molt especialment les inactivitats materials) i posar-hi remei. La reforma dels serveis d'iniciatives i reclamacions i el replanteig de les inspeccions de serveis, junt amb l'avenç de la informació i la participació ciutadana, dels que ens en ocupem més endavant, són mecanismes que poden ajudar a fer front al problema.

III. LA REFORMA DELS RECURSOS ADMINISTRATIUS

El sistema vigent dels recursos administratius ja fa temps que ve essent criticat per l'opinió doctrinal majoritària. Concretament es critica el que la posició de l'Administració com a jutge i part del recurs fa que, tret d'alguns casos d'actuació administrativa realment matussera, l'Administració tendeixi en general a resoldre els recursos administratius en sentit confirmatori de la legalitat dels actes impugnats, produint en l'administrat una sensació de pèrdua de temps i la necessitat -no sempre justificada- d'haver de veure reconeguts els seus drets en via contenciosa administrativa, sols oberta com sabem als qui poden pagar-ne els costos econòmics i de temps. La inèrcia administrativa a autoconfirmar la legalitat dels propis actes recorreguts arriba al punt de que els òrgans administratius que resolen recursos no adopten els criteris interpretatius que ja han fet veritable jurisprudència.

Davant d'aquesta situació, la doctrina ha proposat que s'abandoni el dogma de la naturalesa preceptiva dels recursos administratius, que haurien de configurar-se com a garanties dels administrats d'ús simplement potestatiu (12).

Llavors l'administrat no hauria de suportar necessàriament el cost ni la dilació -normalment inútils- representada per l'obligació d'interposar el recurs administratiu corresponent per tal d'esgotar la via administrativa i poder passar a combatre l'acte administratiu en via jurisdiccional contenciosa administrativa. Ara bé, aquest argument, que sembla impecable des del punt de vista tècnico-jurídic i té al seu favor l'exemple del dret comparat, en canvi, des del punt de vista de la millora de les relacions entre les Administracions i els ciutadans resulta del tot insuficient i pot portar a equivocar el problema i llur solució.

En efecte, el que al ciutadà li interessa és que els recursos administratius es resolguin bé, és a dir, amb celeritat, objectivitat i encert tècnic. El problema no és que com el sistema de recursos administratius funciona malament, convertir-lo en simplement potestatiu, podent interposar directament el recurs contenciós administratiu. De fet, aquest és un planteig i una solució del problema més pròpia d'advocats que de ciutadans, Tribunals i Administracions. El que interessa realment als ciutadans és que el servei i sistema de recursos administratius funcioni correctament, car així podrà resoldre les seves diferències amb l'Administració en una relació interpersonal, ràpida, barata i sense formalismes. Si el sistema dels recursos administratius no funciona la gran majoria dels administrats preferiran fer dexació dels seus drets a haver de guanyar-los en via jurisdiccional contenciosa i els costos d'imatge de l'Administració seran elevats. Llavors el problema és com fer funcionar els actuals serveis de recursos administratius de les diferents Administracions públiques. Veiem, primerament, més que sigui telegràficament com funciona el sistema actual.

Distingirem, a l'efecte, el règim general dels recursos administratius del règim de les reclamacions econòmico-administratives:

a) Règim general:

En l'Administració de l'Estat i en les Comunitats Autònomes el normal és que s'hagi d'interposar un recurs d'alçada en el termini de quinze dies, que haurà de ser resolt pel superior jeràrquic de qui va dictar l'acte impugnat en el termini de tres mesos, passat el qual es produirà el silenci administratiu negatiu. En alguns organismes s'han creat serveis de

recursos amb la missió d'elaborar les propostes de resolució que hauran d'anar signades per l'autoritat competent, única que té la competència resolutòria i que pot apartar-se de la proposta tècnica. D'altra banda els funcionaris del servei de recursos estan situats en la línia jeràrquica i llur autonomia tècnica està o pot estar molt condicionada. Contra la resolució del recurs d'alçada hi cap interposar un recurs de reposició, merament potestatiu, i no gaire emprat a la pràctica. El recurs de reposició sols és preceptiu quan es tracte d'actes administratius que esgoten per se la via administrativa i no són susceptibles de recurs d'alçada. Es tracta lògicament de decisions preses per les autoritats del màxim nivell jeràrquic i les reposicions contra elles s'exclouen de vegades de llur tractament pel servei de recursos. El règim del recurs ordinari de reposició és lleugerament diferent al d'alçada, però la substància institucional és idèntica.

b) Règim de les reclamacions administratives:

En matèria econòmico-administrativa el sistema és diferent i, alhora, diferenciat segons l'esfera d'Administració de què es tracti. Les resolucions econòmico-administratives de l'Estat i de les Comunitats Autònomes són susceptibles d'un recurs potestatiu de reposició. Contra la resolució d'aquest recurs (o directament contra l'acte econòmico-administratiu que s'impugna) no pot anar-se directament al recurs contenciós administratiu, sinó que cal passar prèviament i preceptiva pels mal anomenats «Tribunals» Econòmico-Administratius, compostos per funcionaris designats per la pròpia Administració, que poden arribar a actuar en dues instàncies!, demorant de vegades durant anys l'accés a la via contenciosa administrativa. La situació és diferent en l'esfera de l'actuació econòmico-administrativa de les Corporacions Locals. Aquí el recurs de reposició és preceptiu (tret dels casos en què ha estat declarat potestatiu) i, resol expressament o tàcita el recurs de reposició, pot acudir-se directament a la via contenciosa administrativa o emprar potestativament la via prèvia de les reclamacions econòmico-administratives. Aquesta diferència de règim jurídic entre les esferes administratives central i autonòmica, per una banda, i local, per l'altra, no sembla tenir massa fonament substantiu ni jurídic-formal, car s'avé malament amb la regulació unitària del procediment administratiu. Sembla com si el legislador estatal no s'hagués decidit pel que fa a l'Estat i a les Comunitats Autònomes a

passar directament en mans dels Tribunals, sense haver de superar la gran barrera de les reclamacions econòmico-administratives, la solució dels conflictes entre la Hisenda Pública i els ciutadans-contribuents.

En base a quins criteris podríem replantejar-nos el sistema actual dels recursos administratius. Apuntarem els següents:

- Primerament i seguint la doctrina majoritària, acabar amb el dogma del caràcter preceptiu dels recursos administratius, transformant-los en garanties dels administrats d'ús merament facultatiu. Cal reconèixer, d'una vegada, que si l'administrat no empra el recurs administratiu és perquè considera que serà un tràmit inútil i costós i que, pel mateix, els emprarà quan cregui que poden aportar-li remeis per una via més ràpida i barata que la jurisdicció contenciosa. La transformació dels recursos administratius en una eina simplement facultativa ajudaria també a superar alguns dels aspectes més negatius del procés contencios administratiu, com és aquella doctrina jurisprudencial que encara es nega a acceptar que en el recurs contencios administratiu puguin plantejar-se «cuestiones nuevas» en relació a les plantejades en el recurs administratiu preceptiu i previ, mantenint així una concepció anacrònica de la jurisdicció contenciosa com a segona instància processal envers els recursos administratius.

- En segon lloc, caldria acabar amb les distincions, avui artificioses, entre recursos d'alçada i de reposició, per una banda i recursos administratius en general i reclamacions econòmico-administratives, per l'altra. Aquestes distincions estan basades en supòsits polític-organitzatius (no és el mateix revisar l'acte administratiu de l'inferior que el del superior jeràrquic i no es el mateix revisar els actes de la Hisenda Pública que els de la resta de l'Administració) que avui no poden sostenir-se fonamentadament. En les Administracions Locals ja s'ha avançat de fet vers aquesta unificació dels recursos administratius ordinaris. En l'Administració de la Generalitat creiem que res no s'oposa a què pugui avançar-se en el mateix sentit, amb l'excepció lògica i legalment imposada de la gestió, inspecció i recaptació dels tributs cedits.

- La reforma fonamental consistiria, però, en donar garanties d'objectivitat a la resolució dels recursos administratius. Per a aconseguir-ho caldria transformar radical-

ment els actuals serveis de recursos, substituïnt-los per òrgans administratius, a càrrec d'experts en dret i administració, no necessàriament funcionaris, inamovibles durant el període de nominació i situats fora de la línia jeràrquica per tal de gaudir d'una autèntica autonomia funcional. Aquí no val a continuar enganyant-se: els governs i els Parlaments han de decidir si volen que els recursos administratius continuïn essent uns instruments manipulables a plaer per la pròpia Administració o volen, contràriament, que s'objectivi llur resolució i mereixin la confiança dels administrats, per a la qual cosa caldrà avançar en la línia suggerida o en una altra més ben fundada.

- Però de poc servirien les reformes anteriors si els nous òrgans de resolució de recursos acabessin adquirint tots els vicis dels actuals «Tribunals» Econòmico-Administratius. Cal que es mantingui el caràcter absolutament informal del procediment, admetent-se fins la interposició oral dels recursos i preveint-se un servei d'orientació als ciutadans perquè els plantegin convenientment. El procediment hauria de ser gratuït. L'òrgan administratiu hauria de tenir potestat per a ordenar la suspensió de l'eficàcia dels actes impugnats. El recurs hauria de resoldre's en el termini màxim de tres mesos. Hauria d'operar el silenci administratiu negatiu. En fi, la nova institució hauria de ser anualment avaluada per tal de fer-ne els ajustaments i replanteigs necessaris o de, fins i tot, decidir-ne la supressió cas de fracàs (com seria, per exemple, que la nova institució no fos capaç de resoldre expressament en el termini establert en els recursos presentats, produint-se un abús del silenci administratiu). Finalment, caldria reconèixer a l'Administració -com a contrapartida de l'objectivitat- la possibilitat d'estimar lesiva la resolució dels recursos administratius.

- Un darrer aspecte per al nou sistema de recursos administratius és que l'òrgan tècnic encarregat de llur resolució hauria d'adoptar criteris d'admissió dels recursos força més equitatius que els actualment emprats. Ens referim al tema ben conegut de la consideració dels terminis d'interposició dels recursos administratius com a terminis de caducitat passats els quals l'acte administratiu esdevé ferm i jurídicament inatacable. Aquesta interpretació constitueix moltes vegades un cas de simple denegació de justícia, sobretot quan els terminis de prescripció dels drets es sacrifiquen en favor dels terminis de caducitat dels recursos. La

conseqüència és que molts ciutadans poden sentir-se realment burlats o vexats quan s'adonen que per 15 dies o un mes sense recórrer han de suportar una il·legalitat o renunciar al seu dret encara no prescrit. Aquesta situació respon clarament a supòsits constitucionals diferents dels actuals. D'altra banda, el reconeixement per l'Administració (o almenys per les Administracions de Catalunya) de la possibilitat de defensar els propis drets en via administrativa mentre que no hagin prescrit, ajudaria a canviar el criteri jurisprudencial encara dominant i força restrictiu (13).

Una última qüestió relacionada però diferent del tema dels recursos és la de la revisió d'ofici dels actes administratius. El Consell d'Estat ve insistint reiteradament en la conveniència i àdhuc necessitat que l'Administració tregui totes les potencialitats funcionals d'aquesta institució. De fet, les Administracions Públiques són molt reticents a la utilització efectiva de llur potestat de revisió d'ofici, fins al punt, per exemple, de negar-se a rectificar els errors materials si no és per causa d'interposició de recurs. Per tal de superar aquesta situació caldria:

- 1) Unificar el règim jurídic de la revocació d'ofici, car no semblen massa fonamentades les excepcions i especialitats de la matèria tributària.
- 2) Clarificar que la revisió d'ofici dels actes merament de gravamen (contra el que opina un sector doctrinal) no és d'exercici discrecional, sinó que, en garantia de l'interès públic, ha de sotmetre's a uns terminis i a un procediment, en el qual caldria fonamentar la il·legalitat de l'acte de gravamen objecte de revisió. Caldria, doncs, una regulació, avui inexistent, de la revisió d'ofici d'aquesta categoria d'actes administratius.
- 3) Considerar la petició de revisió d'ofici com una veritable acció que obliga a l'Administració a resoldre al respecte. En aquest sentit, també caldria decidir qui i durant quin termini estaria legitimat per a demanar la revisió d'ofici.
- 4) Caldrà decidir, finalment, si la competència per a l'exercici concret de la potestat de revisió d'ofici s'atribueix a l'òrgan autor de l'acte revisat o a llur superior jeràrquic, o al nou òrgan tècnic de resolució de recursos administratius.

Una conseqüència pràctica de tot l'anterior hauria de ser la constitució d'una oficina o servei d'orientació als ciutadans pel que fa a les seves reclamacions, queixes o recursos. Creiem que hauria de ser la pròpia Administració la més interessada a assessorar als ciutadans sobre les vies més adients per a la defensa dels seus drets i interessos o per a la formulació de les queixes. Aquesta oficina podria pertànyer al nou òrgan tècnic de recursos i el seu personal, degudament entrenat tècnicament i en atenció al públic, informaria, a la vista de cada cas, de l'acció que més convingui per a la defensa del ciutadà i la millora de l'Administració.

IV. ELS ASPECTES NO JURÍDICS DEL PROCEDIMENT ADMINISTRATIU: LA RACIONALITZACIÓ DELS PROCEDIMENTS ADMINISTRATIUS

1. El moviment reformista dels 60 i les raons del seu fracàs

Els anys 60 varen ser testimoni d'uns importants intents de reforma dels aspectes no jurídics del procediment administratiu. Convé que ens en fem càrrec tant del seu abast com de les raons del seu fracàs relatiu, per tal de treure algunes conseqüències pràctiques sobre el que convé fer ara.

Tenim, primerament, la LPA de 17 de juliol de 1958, elaborada com una peça clau del reformisme franquista i com un dels elements de la transició del totalitarisme vers l'autoritarisme polític. Aquesta Llei parteix de la base de què no n'hi ha prou amb establir les garanties formals dels administrats car aquestes -diu- són compatibles:

«con demoras y retrasos, molestias innecesarias y perturbadoras, excesivo coste e ineficacia de los servicios y, en fin, con una variada gama de verdaderos perjuicios que redundan tanto en el de los particulares como en el de la propia Administración.»

El remei a tot el qual tracta de donar-lo la LPA mitjançant l'establiment d'una sèrie de normes (articles 29 a 39) que habiliten:

«a la Administración de una vez para siempre para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de los servicios; a estos fines responden los preceptos relativos a la normalización de documentos; racionalización, mecanización y automoción de los

trabajos en las oficinas públicas; creación de oficinas de Información y Reclamaciones y fijación de horarios adecuados para el mejor servicio de los administrados, etc.»

Algunes d'aquestes normes -encara formalment vigents- estableixen una sèrie de criteris que val la pena de recordar. Així, per exemple:

- L'article 36 ordenava que «toda persona con mando administrativo... se reunirá periódicamente, por lo menos una vez al mes, con sus subordinados más inmediatos... para efectuar los estudios encaminados a programar y coordinar la actuación administrativa e informar a los subordinados de las directrices de la gestión».

- L'article 33 reconeixia la funció d'informació al públic com a una de les necessàries de totes les grans unitats administratives i ordenava la constitució de les Oficines d'Informació.

- L'article 34 estableixia en tots els Ministeris les Oficines d'Iniciatives i Reclamacions «encargadas de recibir, estudiar y fomentar las iniciativas de los funcionarios y del público conducentes a la mejora de la estructura, funcionamiento y personal de los servicios administrativos, así como de atender y tramitar las quejas a que puedan dar lugar las tardanzas, desatenciones y otras anomalías que se observen en el funcionamiento de los mismos». També creava el Servei d'Assessorament i Inspecció del Procediment Administratiu en la Presidència del Govern.

- L'article 37 estableixia una sèrie de directrius sobre l'horari de despatx al públic que «deberá ser coordinado entre los distintos centros de una misma localidad y uniforme en cada uno de ellos, y lo suficientemente amplio para que no se causen pérdidas de tiempo a los interesados», havent-se d'habilitar «un horario compatible con el laboral en caso de afectar el servicio a gran número de administrados».

Les traces d'aquest moviment reformista són també visibles en la Llei Especial del Municipi de Barcelona de 23 de maig de 1960 com en el seu Reglament Orgànic de 3 de desembre de 1964. La Llei Especial, a més de preveure l'acomodació de l'Ajuntament a la normativa general de la LPA, va introduir una sèrie d'elements «racionalitzadors» de la gestió com el

Pla General, el Programa d'Acció Municipal i el Gabinet Tècnic de Programació. En concret, un dels objectius del Pla General d'Acció Municipal era el de «informar sistemàticament a los ciudadanos de la situación presente y trayectoria futura del municipio y de sus problemas, necesidades y aspiraciones» (art. 31.1.b). El Reglament, per la seva banda, va extreure la penetració en el règim especial de Barcelona de les idees de la LPA, la qual cosa s'expressa en la configuració del Gabinet Tècnic des de la imatge de les Secretaries Generals Tècniques dels Ministeris Civils, i en els trets següents:

- En el Gabinet s'integra l'Oficina d'Organització i Mètodes (art. 65.2) que es connecta amb la funció que al Gabinet li atribueix l'article 66.2.3, a saber:

«Realizar funciones de estudio y asesoramiento, entre otras, sobre las siguientes materias: problemas de estructura de la Organización administrativa; reparto de atribuciones y competencias; mejora de métodos de trabajo; unificación de criterios; determinación de costes de servicios; distribución, acondicionamiento y equipo de locales de oficina; normalización de material; racionalización de impresos y revisión periódica de los que se utilicen; mecanización de servicios; relaciones humanas y públicas en la Administración y, en general, propuesta de las medidas de organización y métodos que sean precisas para asegurar el desarrollo normal de los servicios y su progresivo perfeccionamiento.»

- Es preveu l'organització connectada amb el Gabinet (art. 65.2) de l'Oficina d'Informació i de la d'Iniciatives i Reclamacions, les quals es configuren des del mateix patró de la LPA (art. 67).

- Previsió d'elaboració pel Gabinet d'una Memòria anual que hauria de contenir (art. 72.2) un judici crític:

«de los niveles alcanzados y la eficacia y productividad de cada uno de los servicios y dependencias, incluso de los órganos de gestión diferenciada; resultado de las medidas de racionalización y nuevos métodos que se hayan aplicado a los distintos servicios; costes analíticos de los servicios y comparación de su rendimiento con el de otros servicios públicos y privados análogos;

resumen de la labor de fiscalización realizada durante el ejercicio anterior, y propuestas de modificación de métodos de trabajo.»

Cal ara preguntar-se i respondre per què aquestes normes no es varen aplicar més que inicialment i de forma fragmentària i molt desigual. En altres paraules, perquè el moviment reformista dels 60 es va resoldre en un fracàs real si no total. Una primera resposta és de caire polític i consisteix en assenyalar que, per aquells anys, l'absència de llibertats polítiques feia sospitoses o invalidava les reformes «tecnocràtiques» com les ara expressades. Aquest argument té un valor indubtable, per bé que, als nostres efectes, l'argument més valuós és el referit a la insuficiència del planteig tècnic de la pròpia reforma. Car no és tampoc voluntat política el que va mancar, ja que la Presidència del Govern, recolzada en el Cos Tècnic d'Administració Civil, a través de les Secretaries Generals Tècniques i en un moviment important d'estudis i documentació es va comprometre realment en un procés reformista que no va reeixir, per bé que va «colorejar» l'Administració espanyola. Al nostre parer varen fallar també les bases «tècniques» del procés i sobretot:

- una concepció normativista i formalista de la reforma que confiava la sort dels canvis a la promulgació de noves normes jurídiques. Avui sabem que els comportaments administratius no poden canviar-se sols per Decret i que les reformes normatives sols tenen sentit com a elements d'una estratègia de canvi;

- en segon lloc, la pretensió d'introduir la millora de la gestió sense variar els sistemes de control resulta tècnicament infundada. En efecte, els únics controls als que seguia sotmesa l'Administració eren el control general de legalitat i el control de la legalitat financera. Ni les Inspeccions Generals ni el Servei d'Inspecció del Procediment Administratiu ni les Secretaries Generals Tècniques varen intentar mai de ser o d'establir un sistema de control de gestió; llavors els esforços per a racionalitzar el procediment administratiu en benefici dels administrats restaven exempts d'avaluació, premi i sanció, i, pel mateix, condemnats a ser més teòrics que no pas reals;

- la concepció que es té de la racionalització és excessivament mecanicista i formal, més propera a les idees tayloris-

tes de començament de segle que a les modernes idees d'Administració de llavors; de fet la racionalització es confia més a la normalització dels expedients i a la mecanització que al canvi dels valors, els comportaments i la formació del personal;

- la idea que es té de la informació al públic és excessivament genèrica, en un sol sentit i aïllada del conjunt de l'organització. L'Oficina d'Informació no està concebuda per a atendre les necessitats d'informació dels ciutadans, sinó per a divulgar unilateralment el coneixement purament formal de l'organització;

- cal assenyalar també que tota la reforma era presonera d'una confiança excessiva en l'eficàcia de la jerarquia; la racionalització es planteja com una operació de dalt a baix, en la que els subordinats no participen sinó que es limiten a rebre les directrius de gestió, esperant que les compliran per la senzilla raó de què vénen del superior jeràrquic.

- finalment s'observa que les relacions amb els ciutadans es plantegen en termes quasi exclusius d'informació, iniciatives i reclamacions. El servei al ciutadà concret i no sols a l'interès públic i a la norma, el valor de la «receptivitat», està absent dels esquemes legals; de fet es considera que la relació amb el ciutadà no és un problema general de tota l'organització sinó el problema dels serveis específics d'atenció al públic; llavors la preocupació racionalitzadora fonamental són els costos econòmics del servei i no la satisfacció del client.

2. Plantejaments actuals per a la racionalització dels procediments

En els darrers temps les mesures de racionalització tendeixen a situar-se com a elements de programes de desburocratització. Racionalització i desburocratització són conceptes diferents. La racionalització comporta objectius merament tècnics d'eficàcia i de productivitat de l'organització. La desburocratització té una arrel política i s'adreça a transformar la cultura de les relacions entre les Administracions i els ciutadans. La clau de la desburocratització és desenvolupar un comportament administratiu que respongui a una empatia envers els problemes dels ciutadans concrets.

L'objectiu de la desburocratització no és sols el de fer millor les coses administratives sinó el de millorar el concepte que els ciutadans tenen de l'Administració. Des d'una perspectiva desburocratitzadora una millora dels productes i serveis administratius no acompanyada d'una millora de la imatge de l'Administració és un fracàs que sols deixaria satisfet a un dèspota il·lustrat. Però com els programes de desburocratització no són simples operacions publicitàries i de relacions públiques, sinó autèntics programes de transformació, han d'incloure necessàriament mesures racionalitzadores. Les més tradicionals i reconegudes són la racionalització de les estructures orgàniques i la simplificació dels procediments administratius.

En un llibre recent Martínez Bargueño ha condensat en unes recomanacions relativament breus l'experiència de bastants anys de dedicació a la racionalització en l'àmbit de l'Administració Central (14). No correspon a l'àmbit d'aquest informe l'exposició de les tècniques de racionalització i simplificació, que poden trobar-se en les publicacions tècniques i també en el document «Manuals d'Organització i Procediments.- Concepte i directrius per a la seva elaboració» del Comitè Assessor per a l'estudi de l'organització de l'Administració de la Generalitat. El que ens pertoca és l'emfasització d'alguna de les condicions de viabilitat i èxit d'aquests processos racionalitzadors i en concret de la participació dels funcionaris i de la participació i informació als usuaris o clients.

L'experiència prèvia és bastant desoladora i obliga a prendre cauteles. El primer que cal fer és preguntar-se per què les Direccions d'organització i procediments o les velles Oficines d'Organització i Mètodes han anat tancant o viuen com a vegetals administratius als que ningú no fa cas. La resposta és segurament perquè han aconseguit molt poques -si alguna- racionalitzacions i simplificacions. Però el seu fracàs no es deu a la manca de competència tècnica de les persones que se n'ocupaven, que estaven perfectament capacitades per a fer anàlisi organitzacional, anàlisi de circuits i simplificació de procediments. El problema no és aquest sinó aconseguir que el nou manual es compleixi. Car la bomba posada sota aquests processos racionalitzadors és sempre la següent: per què els funcionaris que no compleixin les normes jurídiques procedimentals haurien de complir els manuals d'organització i procediments? L'objectiu veritable no és el de fer manuals sinó trans-

formar els comportaments funcionarials i la pregunta és llavors en quina mesura poden contribuir els manuals d'organització i procediment als canvis dels comportaments administratius. És ara quan cobra sentit la participació funcional, la dels usuaris o clients i la desburocratització.

Una de les causes del fracàs de les racionalitzacions procedimentals passades és l'haver-se fet des de patrons tayloristes, és a dir, confiant en què el nou disseny organitzatiu, elaborat pels enginyers d'organització, s'imposaria per la seva pròpia racionalitat intrínseca, com a expressió d'una «organització científica del treball» que els treballadors acceptarien per disciplina i per conveniència (15). El taylorisme ha funcionat històricament; però ja no funciona en les noves condicions històriques del treball tant a les organitzacions privades com a les organitzacions públiques. En les condicions actuals ja no funciona la política del pal i de la pastanaga presenta més inconvenients que avantatges quan es planteja com a motivació exclusiva o prevalent. D'altra banda, la crisi del treball merament manual i el progrés dels treballadors que incorporen coneixement i requereixen autonomia fa cada cop més difícil l'acceptació acrítica dels procediments decidits externament per més racionals que siguin. Les organitzacions japoneses i algunes de les americanes i europees amb més èxit ja fa anys que abandonaren aquests esquemes i empengueren un altre camí:

«Los ingenieros industriales de la industria japonesa utilizan los mismos métodos, herramientas y técnicas que la occidental para estudiar y analizar el trabajo. Pero el ingeniero industrial japonés no organiza la tarea del trabajador. Cuando ha llegado al punto en que comprende el trabajo, entrega al propio grupo laboral el diseño real de los cargos. De hecho, el ingeniero industrial comienza a trabajar con la gente que debe ejecutar la tarea mucho antes de concluir su análisis. Estudiará el trabajo del mismo modo que su colega occidental. Pero en su estudio realizará constantemente a la propia fuerza de trabajo como "recurso". Cuando ha concluido su análisis, el propio grupo de trabajo realizará la parte esencial de la síntesis. El ingeniero industrial continua sus actividades, pero con el carácter de "ayudante" del grupo de trabajo, más que de analista exterior.» (16).

Peter F. DRUCKER ha arribat a la conclusió que el que avui cal és organitzar la responsabilitat dels treballadors pel propi treball. Però això -diu- és diferent de confiar la productivitat a la lliure creativitat o d'organitzar la simple participació en les decisions de l'autoritat. La responsabilitat del treballador pel propi treball, el treball del grup al que pertany i el producte o servei a obtenir té una sèrie de pre-requisits o condicions que són:

- 1) l'assignació a cada treballador d'un treball realment productiu, el que exigeix que s'hagi estudiat el treball, sintetitzat el seu procés, meditat sobre les normes de rendiment i dissenyat els instruments d'informació.
- 2) La informació al treballador sobre el desplegament del propi treball amb finalitats d'autocontrol i en relació a les normes de rendiment.
- 3) Aprenentatge permanent, organitzat per tal de vèncer la resistència als canvis i permetre l'adaptació a les noves exigències del treball personal i del grup.

«La organización de tareas individuales para ejecutar el trabajo y cumplir sus normas, y el diseño, la estructura y la relación del grupo de trabajo que permite la integración de estas tareas en una comunidad son y deben ser aspectos de responsabilidad de los trabajadores y el grupo de trabajo. Ambos necesitan colaboración profesional. Necesitan conocimiento, experiencia y la enseñanza del supervisor. Requieren consejo y servicio del ingeniero industrial, y de muchos otros técnicos y profesionales. La Administración debe reservarse el poder de veto, y a menudo lo ejercitará. Pero la responsabilidad del diseño de los cargos y del grupo de trabajo corresponde a quienes son responsables del producto y el rendimiento. Y quienes afrontan esa responsabilidad son el trabajador y el grupo de trabajo.

La responsabilidad del trabajador por la tarea y el grupo variará mucho según el tipo de trabajo que deba ejecutarse, el nivel educacional, de aptitud y conocimiento de la fuerza de trabajo, y los elementos culturales y tradicionales. Ciertamente exhibirá un aspecto muy distinto si los trabajadores son científicos consagrados a la investigación y no desocupados difícilmente empleables del ghetto negro, o trabajadores emigrados que se incorporan

a la industria alemana viniendo desde las aldeas de las montañas de Anatolia oriental.

Pero los principios son los mismos: el trabajador y su grupo son responsables de sus propias tareas, y de las relaciones que se establecen entre ellas. Son responsables de la reflexión acerca del modo en que debe ejecutarse el trabajo. Y también de alcanzar la meta de rendimiento tanto como respecto a la calidad como a la cantidad. Finalmente, son responsables del mejoramiento del trabajo, el cargo, las herramientas y los procesos, y sus propias aptitudes. Son reclamos exigentes. Sin embargo, siempre que los hemos formulado fue posible satisfacerlos -con la única condición de que se hubiese realizado el planeamiento-. Ciertamente, en la mayoría de los casos -IBM es el ejemplo típico- los trabajadores propondrán metas de desempeño superiores a las que plantea el ingeniero industrial, y tenderá a superar sus propios objetivos.

La razón no es que el trabajo se ha convertido en entretenimiento -ni debe ser el caso-. No es simplemente asunto de motivación, aunque sin duda los factores psicológicos representan un papel importante. En medida considerable, la responsabilidad del trabajador por el diseño de la tarea y el diseño del grupo de trabajo es un instrumento eficaz porque moviliza el conocimiento y la experiencia del trabajador precisamente en el área en que él es el experto.» (17).

Aquestes consideracions tenen un relleu especial en les Administracions Públiques, on formalment regeix la jerarquia, però on en realitat impera la més total autonomia, individual i de grups. En aquestes consideracions l'única estratègia realista de millora de la productivitat no pot ser altra que la de l'organització de la responsabilitat dels funcionaris pel propi treball. Però com tampoc seria realista confiar el procés exclusivament a la burocràcia, caldrà ajudar-lo donant-li una perspectiva desburocratitzadora, és a dir, donant-li per finalitat no la millora abstracta de la productivitat o dels interessos públics sinó la millora concreta del servei al ciutadà (per exemple, explicant les conseqüències en les persones, les empreses i la societat d'un treball administratiu bo o dolent, i explicant-ho en forma quantificada i exemplificada). Llavors cobra sentit també alguna forma de participació dels representants dels usua-

ris en el redisseny dels procediments administratius, tant per fer evident els beneficis que podrien obtenir-se com per a pressionar per tal de vèncer les resistències als canvis.

3. Idees per a algunes innovacions organitzatives i funcionals

A les Administracions Públiques actuals no hi ha reflexió sistemàtica sobre la pròpia organització, els procediments de treball ni el nivell d'atenció i satisfacció dels ciutadans. La cultura burocràtica encara dominant es satisfà d'actuar conforme a la legalitat i a les ordres del govern democràtic de torn. L'efectivitat, eficàcia i eficiència de les actuacions i el grau de satisfacció dels clients són valors innegables de progrés i modernitat, però que encara no fan més que fregar la cultura burocràtica i la pròpia cultura de la classe política democràtica.

Això és també el que explica l'esterilitat de tota una sèrie de serveis, organitzativament segmentats, deixats al seu propi impuls, gairebé marginals i carents d'una política que els doni l'alè i el sentit. Els serveis d'estudis s'orienten més en funció de la personalitat que els condueix que de les necessitats de desenvolupament de l'organització. Els estudis d'organització i procediments estan quasi abandonats. La funció d'informació estandaritzada té unes bones possibilitats de desenvolupament per l'efecte de la tecnologia informàtica; però la funció d'informació i atenció personalitzada està en les beceroles. Els serveis d'iniciatives, reclamacions i recursos necessiten un replanteig global. Igualment cal replantejar les Inspeccions de Serveis. I el mateix podria dir-se de la consultoria externa.

De fet si les Administracions Públiques no interioritzen uns mecanismes que les obliguin a reflexionar i enfrontar-se i superar la realitat del propi treball al servei dels ciutadans difícilment podrà anar superant-se la cultura burocràtica. L'escepticisme amb el que els funcionaris (i els polítics) van mirant instruments tècnics com són la direcció per objectius, els pressupostos per programes, la comptabilitat de costos, les auditories o els diagnòstics organitzacionals, prové no de la incorrecció tècnica dels instruments sinó de les dificultats pràctiques de fer les reformes que se'n dedueixen. Hi ha tota una bateria de tecnologies al servei de l'eficàcia i l'eficiència adminis-

trativa; però cal no oblidar que les tecnologies ajuden però no fan per se les reformes. Les reformes veritables són sempre canvis en el comportament organitzacional i com aitals no depenen de les normes ni de les noves tecnologies sinó del coneixement de les organitzacions, de l'establiment d'estratègies correctes, de la direcció i de la participació dels afectats.

Del que portem dit fins aquí en desprenem els criteris següents d'innovació organitzativa i funcional:

- Primerament cal organitzar i desenvolupar la formació d'estudis d'organització i procediment, però sobre noves bases. Cal integrar els estudis d'organització i procediment en els estudis de les polítiques públiques corresponents. No es val a mantenir l'esquizofrènia intel·lectual i professional entre els que dissenyen les polítiques i els que organitzen llur implementació. Aquesta és una divisió ruïnosa. Ja es tracti d'una Llei o d'un programa qualsevol d'actuació pública, la no consideració de les estructures administratives d'implementació és senzillament ruïnosa (sempre que no es vulguin fer lleis o programes merament retòrics). Cal bastir uns serveis d'estudis que vinculin la planificació estratègica amb la cultura organitzativa com ve recomanant-se pel pensament organitzatiu i àdhuc jurídic actual (18).

- En segon lloc cal aclarir que la responsabilitat de l'organització i el treball de cada unitat administrativa correspon al seu grup de treball i a la seva pròpia direcció. Qui ha de dissenyar els procediments no és el servei d'organització i procediments sinó els grups de treball de la unitat o les unitats administratives concernides. Això no es farà per decret; cal anar fent-ho progressivament. Tampoc es farà de manera espontània; ans al contrari caldrà que el servei d'organització i procediment recolzi el procés, mitjançant les directives, la formació, l'assistència tècnica i l'avaluació. La col·laboració o àdhuc el protagonisme del personal són aquí el tema clau, car no cal enganyar-se amb falses idees de la jerarquia: els funcionaris no canviaran el seu comportament si no s'autoconvencen que han de canviar-lo.

- En tercer lloc, cal plantejar el redisseny dels procediments també des del punt de vista del servei i la satisfacció de l'usuari client, al qual, en la mesura del possible, cal

consultar-lo fins comprometre'l en el propi procés del redisseny. Aquesta és l'única forma d'evitar que la refeta dels procediments administratius es faci tan sols o predominantment des del punt de vista intern de les Administracions. No n'hi ha prou, en efecte, amb què el nou procediment millori «la economía, celeridad y eficacia», és a dir, l'eficiència i l'eficàcia de l'actuació administrativa. Cal considerar també els costos directes o indirectes imposats als usuaris o clients (pagaments, d'accés, de temps, d'intermediaris, etc.) i el grau de satisfacció o insatisfacció que se'n deduirà de cada forma procedimental. Cal, en conclusió, incorporar el valor de la «receptivitat» a la tasca de millora organitzativa i procedimental. La millora de les relacions amb els ciutadans és un gran tema de cultura organitzativa i quan se'l redueix a les Oficines d'informació o d'iniciatives i reclamacions o a una operació de relacions públiques se l'acaba tractant de manera cosmètica i errada.

- En quart lloc, cal replantejar les oficines o serveis d'informació, iniciatives, reclamacions i recursos i en general tots els punts d'interfase entre les Administracions i els seus clients. Aquests serveis no han de respondre a la idea tradicional i unidireccional de comunicació en un sol sentit, ni haurien de quedar segmentats organitzativament. Cal que siguin considerats alhora com a punts productors de la primera percepció o imatge de l'Administració i com a elements d'informació sobre el que no funciona des del punt de vista del client. Llavors el problema clau és de connexió organitzativa interna entre el servei d'atenció al públic (que sap el que no va) i les autoritats administratives que poden posar-hi remei. El nou rol que prevèiem per a les Inspeccions de Serveis pot ajudar a fer aquesta connexió.

- En cinquè lloc, cal replantejar les Inspeccions de Serveis en la mateixa línia en què les organitzacions privades més productives estan replantejant les funcions dels supervisors. Les Inspeccions de Serveis fa anys que viuen una crisi d'identitat que les està degradant en una mena de calaix de sastre sense gaire identitat funcional. Les Inspeccions de Serveis haurien de perdre les seves competències actuals en matèria de disciplina de personal, per a convertir-se en els agents del Servei Central d'Organització i Procediment garantidors de la connexió amb les diferents unitats administratives, els serveis d'estudis i les oficines d'informació, iniciatives, reclamacions i recursos. Per fer això caldria una reconversió dràstica del seu perfil professional

que hauria de ser més gerencial que no pas jurídic. L'horitzó funcional de la Inspecció de Serveis hauria de ser la seva conversió a termini en l'òrgan assegurador de l'avaluació i el control de gestió, especialment des del valor de la receptivitat.

BIBLIOGRAFIA

- (1) La panoràmica doctrinal més completa sobre el procediment administratiu és encara la de GONZÁLEZ NAVARRO, F., El procedimiento administrativo español en la doctrina científica, Madrid, 1988.
- (2) Per a la previsió d'aquests conceptes pot veure's, per exemple, el nostre estudi sobre la Selecció i Formació de Funcionaris, Generalitat de Catalunya, en premsa.
- (3) Peter F. DRUCKER, La Gerencia. Tareas, responsabilidades y prácticas. Buenos Aires, 6a. ed., 1985 (és traducció de la la. edició americana de 1973), pàgs. 95 i 96.
- (4) Larry L. COFFMAN, Public Sector Marketing. A guide for Practitioners, New York, 1986.
- (5) OCDE, Administration as Service, The Public as client, París, 1987, pàgs. 21 i 22.
- (6) Vid. especialment les Memòries del Consell d'Estat corresponents als anys de 1982, 1983, 1984, 1985, 1986.
- (7) Consejo de Estado, Memoria del año 1986, Madrid, 1987, pág. 73.
- (8) Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. i FERNÁNDEZ, T.R., Curso de Derecho Administrativo, II, Madrid, 1981, pág. 19.
- (9) Per a un replanteig més dràstic de les pròpies bases del silenci positiu, vid. J.A. SANTAMARÍA, «Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada», a Documentación Administrativa, núm. 208, pàgs. 107 i ss.
- (10) NIETO, A., «La inactividad material de la Administración: veinticinco años después», Documentación Administrativa, núm. 208, abril-diciembre 1986, pág. 13. INAP.
- (11) Ibídem, pág. 18.
- (12) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., i FERNÁNDEZ, T.R., Ob. cit., pág. 440.

(13) Sobre el tema poden veure's les extenses consideracions de E. GARCÍA DE ENTERRÍA i T.R. FERNÁNDEZ, Ob. cit., pàgs. 584-592.

(14) A efectes merament de documentació transcriurem els textos següents:

«Esquemàticament expuesta, la técnica del análisis de las organizaciones está integrada por los siguientes pasos:

- Especificación de las líneas de actividad principales y auxiliares de cada organización para de esta forma calcular los flujos de trabajo y el porcentaje de tiempo dedicado por cada empleado en la misma a cada una de las líneas en las que colabora.
- Desagregación de cada una de estas líneas de actividad en operaciones elementales con cálculos de tiempo de desarrollo standard. La suma de los tiempos standard constituye el tiempo productivo, teóricamente necesario para desarrollar la actividad en cuestión. El índice de productividad del trabajo, así como su coste, se obtiene por la relación entre el tiempo suficientemente empleado y el tiempo productivo.

Para su aplicación a la Administración Pública, la técnica del análisis de las organizaciones debe articularse a través de los siguientes puntos:

- Identificación de un sector administrativo dado de aquellas funciones de las cuales es titular la Administración Pública, de acuerdo con la legislación en vigor.
- Descripción del reparto interno de competencias entre órganos centrales y periféricos dentro del tipo de Administración Pública considerada.
- Identificación dentro del mismo sector de aquellas otras funciones que por asunción de titularidad en virtud de transferencias, descentralización, delegación, etc., realizan otros entes administrativos dependientes de distintas Administraciones Públicas a los efectos de poner en evidencia duplicidades de

competencias, superposiciones y eventuales fuentes de conflicto.

- Comprobación de la posibilidad de proceder a nuevas transferencias o delegaciones a otras Administraciones Públicas, así como de las posibles descentralizaciones, desconcentraciones, avocaciones, etc.
- Análisis y descripción de cada una de las funciones que son competencia de la Administración Pública considerada, indicando sus defectos o carencias más acusadas en función de las exigencias actuales y futuras.
- Exposición de recomendaciones o medidas a adoptar en el orden organizativo, incluidas en su caso la reforma de los procesos concretos de trabajo y la aplicación de nuevas tecnologías operativas.
- Análisis de la compatibilidad de las modificaciones estructurales propuestas y de ordenamiento del personal con las disposiciones legales existentes.
- Toma en consideración de la posible institución de nuevas oficinas y necesidad de seleccionar más personal para los puestos de trabajo descritos.

El proceso de cambio de una organización no es tarea fácil. Necesita que las personas que se ocupen de la puesta en práctica de la adecuación de las estructuras orgánicas a las funciones asignadas y de la modernización de las técnicas operativas sean profesionales altamente cualificados y bien preparados, capaces de analizar las organizaciones según la triple perspectiva estructural-formal, de flujos de trabajo y humana, y captar el entorno interno y exterior de las organizaciones.

En cualquier organización de tipo burocrático pueden encontrarse, con mayor o menor dificultad, áreas de gestión importantes, instrumentadas a través de procesos administrativos largos, complejos, con trámites inútiles o penosos, cuya razón de ser se encuentra únicamente en disposiciones normativas desfasadas de la realidad o más sencillamente en prácticas administrativas rutinarias o viciadas.

Como defectos más comunes a los procedimientos administrativos pueden señalarse, a título de ejemplo, los siguientes:

- Existencia de operaciones o trámites duplicados.
- Intervención de numerosas unidades en el procedimiento que determina itinerarios y «tiempos de producción» excesivamente largos.
- Exceso de controles formales, fundamentalmente de carácter preventivo, sin que suelen aportar mayores garantías para los administrados.
- Empleo de impresos inadecuados o confusos, cuyo coste económico y funcional repercute sobre los particulares.
- Falta de consideración a los ciudadanos obligados a desplazamientos inútiles, a esperas o dilaciones ante las oficinas públicas.
- Acumulación o sobrecarga de la información con que cuenta la Administración, en algunos casos, y falta, a veces, de los elementos esenciales para decidir con conocimiento de causa, en otros casos, debido a defectos internos de comunicación e interrelación entre órganos administrativos.

Éstos y otros defectos ponen en evidencia que entre la Administración y los administrados existen relaciones traducidas en largos circuitos administrativos en los cuales aquéllos reconocen todos los males que se achacan a la burocracia. Los ciudadanos, cuando reconocen algunos de estos defectos, por sus síntomas más significativos, tales como colas, esperas para la resolución de los asuntos, etc., suelen reaccionar con indignación, alimentando la percepción colectiva, todavía por desgracia muy extendida, que va a las organizaciones públicas como integradas, según los juicios más exageradamente negativos, por funcionarios ineptos y holgazanes y, según los más piadosos, por funcionarios torpes, cultivadores del trámite inútil y de los formalismos.

Ante estos paradigmas o representaciones, a veces excesivamente críticos de la realidad administrativa, es obligación ineludible de la Administración provocar el cambio en la percepción de este modelo de la Administración Pública, mediante el establecimiento de relaciones más satisfactorias con el público. Esto solamente puede ser logrado a través de dos medios: desarrollando unas relaciones de información y comunicación abundantes, francas y mutuamente enriquecedoras, y paralelamente, simplificando la gestión administrativa, traduciendo en positivo las críticas y los juicios adversos vertidos por los administrados (2).

La simplificación de los procedimientos administrativos supone, desde esta perspectiva, analizar una primera reflexión sobre el propósito o razón de ser del procedimiento considerado, haciendo una reconstrucción lógica y secuencial del conjunto de actos y operaciones que lo integran, analizando sus costes económicos y funcionales, el control de sus resultados y los elementos esenciales de relación con los administrados.

Dos ideas fundamentales deben presidir el desarrollo de la labor de análisis de los procedimientos administrativos cara a su simplificación:

- Obtener el mayor grado de perfeccionamiento del orden procedimental vigente para que los ciudadanos sepan exactamente cuáles son sus derechos y obligaciones frente a la Administración, sean capaces de hacer valer sus pretensiones legítimas, obteniendo éstas con el menor coste posible y quedando a cubierto, frente a posibles prácticas administrativas exorbitantes o viciadas.
- Substituir, con el ritmo más rápido posible y para aquellos servicios que así lo admitan, los métodos actuales de gestión burocratizada por modernos procedimientos de gestión integrada, con soporte informático u ofimático (esto puede suponer la necesidad de reconvertir muchas de las disposiciones formales de carácter procedimental ahora existentes, que no tienen por su carácter interno repercusión directa sobre los ciudadanos, e instrucciones técnicas de servicio que no precisan ser publicadas ni conocidas por el público).

Recomendaciones para el análisis de los procedimientos administrativos:

- Primeramente, definir el objetivo de la mejor manera posible. Es decir, tener claro qué es lo que se pretende conseguir y en relación con qué tipo de procedimiento, proceso o método de trabajo. Puede tratarse de acelerar los tiempos de tramitación de los procedimientos, de reducir costes tanto económicos como funcionales, de controlar los resultados finales, de acomodar la realidad a la norma o viceversa, de obtener una mejor productividad, etc. Las intencionalidades deben estar determinadas de antemano.
- No subestimar la importancia del sector abarcado por muy sencillo que aparezca a primera vista el trabajo.
- Relacionar siempre los procesos de trabajo con las estructuras de las que éstos forman parte. Huir, sin embargo, de la influencia de adoptar soluciones estereotipadas, tales como cambiar el organigrama, aumentar o recalificar el personal existente, eliminar funcionarios no deseados y otras de índole semejante, que a veces suelen incluirse en el análisis como elementos subliminales.
- Medir bien los tiempos posibles de realización del trabajo y conseguir las colaboraciones y apoyos oportunos para efectuarlos. Muchos trabajos que se inician con interés decaen luego porque las personas que colaboran en ellos no pueden acudir a las reuniones, aplazan su celebración o cuando están reunidos son interrumpidos frecuentemente por llamadas de teléfono, visitas, firmas de documentos, etc., que les impiden concentrarse en la labor. Es recomendable que las reuniones se celebren en un clima de aislamiento, tanto físico como ambiental e intelectual.
- Constituir un equipo básico, formado por consultores de análisis de procedimientos y por funcionarios de la propia organización que sean competentes por razón de la materia, seleccionados con las debidas garantías, teniendo al frente un director del equipo que mantenga en todo momento el control sobre el proyecto sin interferencias ni desviaciones causadas por instancias superiores.

- Asociar a la opinión pública y a los funcionarios en el desarrollo de los trabajos de análisis y de propuesta de soluciones. La verificación del diagnóstico de los problemas y el seguimiento de las soluciones dadas es de especial importancia para evitar que no se deterioren los avances obtenidos por falta de un control posterior de resultados que en buena parte corresponde juzgar a los ciudadanos. En cuanto a los funcionarios, es necesario contar con ellos desde el primer momento, pues son los mejores conocedores y también los más interesados en que mejore el área de gestión que tienen encomendada.
- Por último, realizar un esfuerzo de información y explicación dirigido al público en general sobre los procedimientos modificados. La experiencia enseña que las medidas de simplificación administrativa causan un débil impacto y son inmediatamente insensibles a los ciudadanos si la Administración no informa suficientemente de estas innovaciones a través de las redes y medios de comunicación.

Las soluciones que pueden darse a los defectos más comunes que se evidencian en los procesos administrativos, tal como antes los hemos apuntado, pueden ir en las siguientes direcciones:

- Eliminar o reducir trámites costosos e innecesarios mediante una depuración del procedimiento analizado que permita conocer si son realmente necesarios estos trámites; si pueden ser objeto de simplificación (realización en un sólo acto administrativo de varios trámites simultáneos o sucesivos); si pueden ser acortados los plazos de realización mediante la introducción de modificaciones en las competencias y atribuciones de los órganos administrativos.
- Determinar los tipos de organizaciones más adecuados para llevar a cabo las tareas encomendadas. En principio, en relación con este punto, se pueden sentar algunas reglas de buena gestión tales como las siguientes:
- Atribuir a funcionarios profesionales, ámbitos de gestión y niveles de decisión que hoy cumplen los cargos políticos.

- No obligar al superior a realizar aquellas cosas que puede hacer el inferior con igual eficacia, menor coste y mayor rapidez.
- Procurar no encomendar a varios funcionarios (grupos de trabajo, ponencias, comisiones, etc.), aquellos trabajos que puede realizar mejor una sola persona.
- Reemplazar cuanto sea posible los numerosos controles preventivos por un único control de resultados. Especialmente debieran ser obviados aquellos controles que tienen como única finalidad justificar las solicitudes, decisiones o instancias de los ciudadanos, sustituyendo el régimen de comprobaciones previas, hoy todavía mayoritariamente imperante, por otro de carácter declarativo, en el que se dé todo valor y crédito a las declaraciones personales de los interesados (la presunción para la Administración debe ser que las personas son honestas y dicen la verdad salvo prueba en contrario), sin perjuicio de realizar a posteriori las comprobaciones oportunas sobre los extremos declarados, con aviso de sanción a aquellos que aporten datos o hicieran declaraciones falsas.
- Revisar los formularios y cuestionarios administrativos para adecuarlos a los textos legales en que se fundamentan y hacerlos más sencillos y asequibles a los ciudadanos.
- Suprimir la obligatoriedad de que los ciudadanos presenten documentos administrativos que contengan datos o informaciones que ya obren en los registros o inscripciones públicas de la Administración (es preciso valorar con sumo cuidado esta orientación, hasta tanto no se aprovechen al máximo los recursos informáticos para la intercomunicación entre organismos públicos, pues actualmente la Administración sigue trabajando en plan de compartimentos estancos, entre los cuales es difícil la comunicación).
- Mejorar los canales informativos internos y externos mediante la renovación de las redes y equipos de trabajo que permitan la fluidez de las comunicaciones dentro de la organización y con relación al medio so-

cial». (MARTÍNEZ BARGUEÑO, M., Ob. cit., pàgs. 106 a 112).»

(15) Sobre la significació del taylorisme en la història del pensament burocràtic pot veure's, NIETO A., La burocràcia, I. el pensamiento burocrático, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.

(16) Peter F. DRUCKER, Ob. cit., pàg. 171.

(17) Ibídem, pàg. 188.

(18) Vid. G.W. DOWNS i Patrick D. LACKEY, The Search for Government Efficiency, New York, 1986. I en l'àmbit jurídic, R. BETTINI, El Circolo Vizioso Legislativo, Milà 1983.

Barcelona, abril 1988

INTRODUCCIÓN. PRINCIPIOS GENERALES

1. La concepción participativa de los poderes públicos

Es ya habitual relacionar el fenómeno de la participación

con el concepto de democracia, ya que la participación es un

aspecto esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

elemento esencial de la democracia, ya que la participación es un

INFORME SOBRE LAS RELACIONES
ENTRE LOS CIUDADANOS Y LA
ADMINISTRACIÓN Y LOS INSTRUMENTOS
DE PARTICIPACIÓN DIRECTA

Tomàs FONT i LLOVET

El actual texto constitucional no es ajeno a esta perspectiva

ya que adopta ya desde el propio título preliminar, al imponer

a los poderes públicos el deber positivo de facilitar la

participación de los ciudadanos en todos los aspectos de la

vida política, económica, cultural y social. Principios de

participación que adquiere, por su ubicación, un valor cons-

titucional de todo el ordenamiento jurídico constitucional

del propio del Estado social y democrático de Derecho. La

propia Constitución viene luego a concretar, a lo largo de su

artículo, algunas manifestaciones regulares de la ideología

participativa, que llegan a cubrir los distintos niveles

de expresión del poder y del ejercicio de las actividades

privadas.

En el ámbito público destaca, desde luego, la relevancia de

la participación política, ya sea de forma directa (referenda-

ria, iniciativas legislativas populares), ya sea por medio de

INTRODUCCIÓN. PRINCIPIOS GENERALES

1. La concepción participativa de los poderes públicos

Es ya habitual relacionar el fenómeno de la participación -entendido en su sentido más extenso con la superación de los esquemas del Estado Liberal, basado en la separación entre el Estado y la sociedad, y la subsiguiente institucionalización del Estado social que se fundamenta en la interpenetración entre el propio Estado y la sociedad. Se pretende de esta forma entender que la participación sirve al objetivo de salir al paso de la crisis de la legitimación del poder basado únicamente en la representación parlamentaria y dar un nuevo contenido a la funcionalidad de la soberanía popular, principalmente mediante la multiplicación del número de centros de decisión pública en los que se incorpore la voluntad social.

El actual texto constitucional no es ajeno a esta perspectiva, que adopta ya desde el propio título preliminar, al imponer a los poderes públicos el deber positivo de facilitar la participación de los ciudadanos en todos los aspectos de la vida política, económica, cultural y social. Principio de participación que adquiere, por su ubicación, un valor estructurante de todo el ordenamiento jurídico-constitucional propio del Estado social y democrático de Derecho. La propia Constitución viene luego a concretar, a lo largo de su articulado, algunas manifestaciones singulares de la ideología participativa, que llegan a cubrir los distintos ámbitos de expresión del poder y del ejercicio de las actividades privadas.

En el ámbito público destaca, desde luego, la relevancia de la participación política, ya sea de forma directa -referéndum, iniciativa legislativa popular-, ya sea por medio de representantes en las instituciones políticas de todos los niveles -Estado, Comunidades Autónomas, Organizaciones políticas locales-. Participación política que se configura, además, como un Derecho fundamental (art. 23), cuyo princi-

pal instrumento de ejercicio son los partidos políticos, que aparecen como instituciones constitucionales de primer orden (art. 6.º).

Por su parte, la función judicial cuenta asimismo con previsiones específicas de participación, tanto a través de la institución del jurado como a través del reconocimiento por el Estado de los tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 125).

En fin, la idea de participación preside en buena parte el tratamiento constitucional de las diversas facetas del poder administrativo: participación en la función normativa (art. 105, a), en la gestión de los servicios públicos (art. 129,1) relacionados con la calidad de vida y el bienestar social -lo que obliga a relacionarlo con la delimitación de los derechos sociales-, en los resultados de la acción pública -participación en las plusvalías generadas por la acción urbanística pública (art. 47)-, etc. Al mismo tiempo se impone a las distintas Administraciones el deber de garantizar, promover o fomentar la participación de diversos sectores sociales implicados en ámbitos de actuación concretos -enseñanza (art. 27), consumidores y usuarios (art. 51)- o de alcance más general -juventud (art. 48), planificación de la actividad económica general (art. 131,2)-. Por último, está también el reconocimiento del fenómeno de la autoadministración, bajo fórmulas democráticas, a través de los Colegios y organizaciones profesionales y económicas (artículos 36 y 52).

En lo que respecta al ámbito privado, debe señalarse el deber público de promover la participación en la empresa y el acceso de los trabajadores a la detentación de los medios de producción (art. 129,2), así como el reconocimiento de derecho de fundación para participar en la realización de los fines del Estado y de la Administración, es decir, con fines de interés general (art. 34).

Puede decirse, en definitiva, que el ordenamiento constitucional tiende a promover una estructuración general de la sociedad y del Estado como cuerpos «participados» o «participativos», inclinándose, tal vez, por las técnicas de participación organizada, es decir, que prevalece, quizá, la concepción de «organizar» la participación por medio de estructuras -públicas o privadas- que van a canalizar la participación y a devenir sujetos activos de la misma.

Esta última impresión se confirma en la atención que la Constitución dedica no sólo al individuo singularmente considerado sino a los grupos en que éste se integra, cuya igualdad y libertad deben promover igualmente los poderes públicos para que éstas sean reales y eficaces. La Constitución tiene presentes, en distintos momentos, a los partidos políticos, los sindicatos y asociaciones empresariales, las confesiones religiosas, las asociaciones, las fundaciones, los colegios y las organizaciones profesionales, las organizaciones de consumidores y usuarios, la empresa, y, en fin, las mismas Administraciones territoriales que, dentro de un modelo descentralizado, constituyen la organización del Estado.

2. Pluralismo político, descentralización, eficacia

Las anteriores consideraciones vienen enmarcadas, además, dentro del principio básico -valor superior del ordenamiento- del pluralismo político (art. 1.1 CE).

Este último principio es también la base de otro eje constructivo de nuestro Estado constitucional: la autonomía de las organizaciones públicas territoriales que componen el Estado. En efecto, la descentralización política es, básicamente, una articulación organizativa que fortalece y da cauce al pluralismo al multiplicarse los centros de poder y facilitarse el acceso al mismo y a las instituciones públicas de una mayor diversidad de opciones políticas y sociales. Pero al mismo tiempo, todo proceso descentralizador es también un medio de aproximar las instituciones públicas al cuerpo social y a sus distintos grupos y formaciones: es decir, una condición esencial para que pueda desarrollarse la concepción participativa del Estado Social.

La cláusula del Estado Social y democrático implica, pues, por un lado, la tendencia hacia una mayor integración entre las estructuras políticas y las realidades sociales que les sirven de soporte y legitimación. Democratización de la vida pública, por tanto, entendida en su sentido más amplio. Pero al propio tiempo, esa misma cláusula constitucional consagra con fuerza otro valor tendencial del máximo relieve, cual es el principio de eficacia que ha de presidir el conjunto de las actividades públicas. Ello encuentra singular concreción en la posición institucional de las Administraciones públicas, que deben satisfacer con objetividad y efi-

cacia los intereses generales (art. 103.1 CE). De entre todas ellas, las Administraciones locales son las que se ven más comprometidas por ese principio, habida cuenta de su máxima proximidad con los ciudadanos y el carácter esencial de gran parte de los servicios y prestaciones que desarrollan en favor de la colectividad.

Al propio tiempo, los Municipios se caracterizan, entre otras notas, por ser el «cauce inmediato de participación ciudadana en los asuntos públicos» (art. 1.1 LBRL), y es por tanto en ese ámbito donde las exigencias de participación y democratización de la acción administrativa se hacen más evidentes y también más realizables.

3. De la participación a la transparencia administrativa

Los presupuestos acabados de expresar, señalan ciertamente el marco que debe presidir la tendencia reformadora de la Administración. Ello no obstante, la imperiosa exigencia de aproximación de la Administración al ciudadano no se agota en el establecimiento de cauces de participación e intervención de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas. Es necesario, en efecto, fijar las técnicas orgánicas -órganos consultivos, consejos, etc.- y funcionales -audiencias, encuestas, etc.- que permitan la inserción en el seno de la actuación administrativa de los intereses colectivos relevantes para la formación de la voluntad pública. Pero más allá de esa concepción de la participación en sentido estricto, se hace patente en el momento actual una necesidad más genérica de apertura de la Administración, en el sentido de hacerla más transparente, más diáfana, más accesible, en definitiva, para los ciudadanos.

Las relaciones entre la Administración y el ciudadano deben producirse normalmente a través de un procedimiento formal que suponga una garantía tanto de los legítimos intereses del ciudadano como del acierto de la Administración en la adopción de un acuerdo o resolución. Pero en ningún caso el procedimiento debe convertirse en un obstáculo para la rápida y eficaz actuación administrativa ni para el acceso del ciudadano a la satisfacción de la posición jurídica que ostenta. Por este motivo se hace preciso comenzar a revisar algunas características o técnicas concretas del procedimiento administrativo que en la actualidad, lejos de facilitar la obtención de los objetivos señalados, tienden por el

contrario a hacer más impenetrable y oscura la acción administrativa y a imponer a los ciudadanos una serie de cargas carentes de toda justificación.

El objeto del presente Informe es, muy sencillamente, ofrecer algunas primeras ideas y sugerencias en relación con los aspectos mencionados de cara a su eventual toma en consideración por los estudios y debates que han de preceder a la elaboración de una nueva Ley Especial para el Municipio de Barcelona. La dinámica que se abre con la perspectiva de la nueva Carta Municipal ofrece la ocasión de introducir en el debate jurídico y cultural algunas cuestiones que permitan atribuir a la Carta un significado mucho más amplio que el de un mero tratamiento de las especialidades del municipio barcelonés. Se trata de poder llegar a ofrecer un factor de impulso del movimiento renovador de la Administración pública que las fuerzas políticas y sociales presentes en la sociedad española ha de asumir inexcusablemente.

De todos modos, parece oportuno advertir que en la materia que nos ocupa existe el riesgo de caer en una excesiva ampulosidad, de crear sólo apariencias, de caer en la dinámica de establecer mecanismos y técnicas de participación o de transparencia administrativa que sean sencillamente irrealizables, o bien cuya realización signifique un coste para la eficacia y la eficiencia de la actuación administrativa mayor que los beneficios que se pretenden conseguir. Ofrecer cauces de participación y de integración, formas de acceso a la Administración no implica presuponer que toda la acción administrativa debe quedar supeditada al fenómeno participativo. Por este motivo, y en el actual momento del debate, debe huirse de todo intento de formular propuestas completas y exhaustivas.

PRIMERA PARTE

LAS RELACIONES ENTRE LOS CIUDADANOS Y LA ADMINISTRACIÓN

1. La actividad municipal de información ciudadana

La celeridad, la simplicidad y la transparencia son algunos de los principios que deben presidir la nueva ordenación de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Se trata de modelar una Administración ágil y abierta que, no

por ello, rebaje en absoluto sus condiciones de eficacia y de legalidad.

El primero de los presupuestos esenciales para articular ese modelo radica en desarrollar y valorar adecuadamente la actividad de información de la Administración municipal. Efectivamente, la voluntad de implantar cualquier modelo o tendencia de Administración abierta y participada, donde se pretenda corresponsabilizar al ciudadano en la toma de decisiones públicas y en la gestión, incluso, de los intereses de tal carácter, requiere como condición previa e indispensable el efectivo establecimiento de un verdadero y completo sistema de información.

Este sistema informativo debiera producirse, al menos, en dos vertientes o facetas fundamentales. La primera de ellas se refiere a la información que, de modo permanente, debe prestar el Municipio a todos los ciudadanos, ya sea con carácter general, ya sea de forma individualizada, respecto a su propia organización y actividad. La segunda faceta, mucho más delimitada, consiste en el reconocimiento y regulación amplia y abierta del derecho de acceso a los documentos públicos. Ambos aspectos se encuentran recogidos, aunque muy genéricamente, en la LBRL, en sus arts. 69.1 y 70.3 respectivamente, así como en la Llei Municipal de Catalunya (arts. 139.1 y 140).

Respecto a la actividad de información permanente, la Ley especial debería prever las siguientes medidas:

- a) Imponer al Ayuntamiento la obligación de informar, divulgar y explicar de forma periódica el contenido y el significado de sus acuerdos más relevantes, incluyéndose desde luego todos los de contenido normativo. Tal información o divulgación debe distinguirse, por un lado, del régimen ordinario de publicación y notificación de los acuerdos y resoluciones municipales (art. 70.2 LBRL y 162.3 Llei Municipal de Catalunya); y por otro lado, de las informaciones de carácter «publicitario» sobre los servicios prestados o actividades llevadas a cabo por el Gobierno municipal.
- b) Publicación periódica y distribución gratuita de una Guía o Directorio de los Servicios Municipales, facilitando para cada uno de ellos una información completa y comprensible respecto de su organización, las competen-

cias correspondientes, los procedimientos que tramita cada unidad, su ubicación física, horarios de atención a los ciudadanos y nombre de la persona responsable de cada Servicio o Unidad administrativa.

- c) Creación de una amplia Red de Oficinas o Centros de Información a nivel de Distrito, como mínimo, con una definida función de orientación y asesoramiento a los ciudadanos y usuarios en todas las cuestiones que estén relacionadas con la actividad municipal.

2. El derecho de acceso a los documentos públicos

El derecho de acceso de los ciudadanos a los documentos públicos se concreta directamente con lo establecido en el art. 105,b) de la Constitución que, como es sabido, dispone que «la Ley regulará (...) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos...» El mandato establecido en este precepto no ha sido todavía cumplido por el legislador de forma sistemática, aunque la legislación de régimen local contiene algunas referencias a esta materia. En efecto, como se ha indicado, el art. 70.2 LBRL y el 162.3 de la Llei Municipal de Catalunya aluden al acceso a los documentos públicos de modo más bien genérico, pero con algún detalle de interés, como es el hecho de configurarlo como un derecho de todos los ciudadanos. Esto último no debe pasar desapercibido, puesto que cualquier desarrollo normativo de ese derecho habrá de contemplar, por fuerza, los mecanismos necesarios para ofrecer la protección jurídica adecuada a la titularidad y al ejercicio del derecho legalmente atribuido.

Un primer elemento de reflexión interesante en relación con esa primera cuestión lo constituye la eventual conexión que pudiera establecerse entre ese derecho al acceso a los documentos públicos y el derecho fundamental, reconocido en el art. 21,1,d) de la Constitución, «a recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». La inclusión del primero en el contenido del segundo de esos derechos supondría, por un lado, su necesaria regulación por ley orgánica, (art. 81 CE), así como su protección a través del recurso de amparo (art. 53 CE). No parece, sin embargo, que esa idea pueda encajar sin problemas dentro de la sistemática constitucional, de modo que se dejará aquí únicamente apuntada esta cuestión.

De todos modos, la relación entre la libertad de información y el derecho de acceso que nos ocupa ha sido también puesta de relieve, en otro ámbito, por el Consejo de Europa. En efecto, en su Recomendación núm. 854 de 1979 señala que dentro de la «libertad de información» deben comprenderse, al menos, los siguientes derechos:

- Derecho a la libre comunicación de la documentación oficial, esto es «derecho a saber» como presupuesto básico de la libertad.
- Derecho al respeto a la vida privada, en tanto que límite o excepción a la libertad de comunicación.
- Derecho al acceso y examen de los documentos administrativos que conciernen personalmente a un ciudadano.
- Derecho a rectificar los documentos o datos inexactos.
- Derecho a no exigir que la Administración no utilice ni comunique más que informaciones exactas.

En el marco de estos principios, por tanto, la Ley especial de Barcelona ha de abordar de manera amplia y generosa la regulación de esa libre comunicación oficial, configurada ya en nuestro ordenamiento como un verdadero derecho de los ciudadanos. En este sentido, y de cara a ofrecer una adecuada protección jurídica de esa situación subjetiva, deben delimitarse con precisión los aspectos fundamentales que atañen a los elementos objetivo, subjetivo y procedimental del acceso a los documentos públicos.

En cuanto al elemento objetivo, la Ley habrá de definir el concepto de documento administrativo. El mismo incluirá, por descontado, todos los acuerdos y resoluciones adoptados por los órganos municipales. Pero sobretodo habrá que hacer referencia a la variada gama de textos, documentos, escritos, propuestas de resolución, etc., que se producen en el ámbito interno de la Administración municipal; y a los que llegan a ésta desde el exterior y que son utilizados por los órganos municipales como antecedentes, base o elementos de conocimiento para formar su voluntad. Así: circulares, directrices, estudios y dictámenes -tanto los emitidos por los órganos del Ayuntamiento, como los solicitados por éste-, estadísticas, comunicaciones entre órganos que ofrezcan elementos de interpretación del ordenamiento, resultados de encuestas, etc.

Por otro lado, deberá especificarse también la forma en que se materializará, en cada caso, el derecho al acceso: simple consulta de archivos y registros, exhibición de los documentos, obtención de copias, extractos y certificados, etc. En todo caso, y como condición indispensable para hacer efectivo el derecho al acceso, debería reconocerse a todo ciudadano el derecho a ser informado previamente y de manera completa e inteligible del número, tipología y cualidad de la documentación relativa a un determinado asunto o materia.

Por otra parte, debería garantizarse el carácter gratuito del ejercicio del derecho de acceso, a excepción de la obtención de copias y certificaciones, cuyo estricto coste material podría ir a cargo del solicitante.

La Ley Especial podría dedicar una atención preferente al acceso y libre comunicación de datos y documentos relativos a la actividad económica municipal. El incremento de la intervención pública en este ámbito, que además parece que se inclina cada vez más hacia fórmulas de derecho privado, exige una enorme transparencia, especialmente en aspectos tales como la concesión de ayudas económicas a particulares e instituciones, subvenciones, etc. La publicidad de los presupuestos municipales no será suficiente, en muchas ocasiones, para satisfacer el derecho al conocimiento público de los criterios y elementos de juicio empleados en el desarrollo de esa actividad.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo, habrá que especificar que los sujetos pasivos, obligados a facilitar la información y el acceso a documentos por los ciudadanos, serán tanto los órganos y oficinas municipales centrales y los descentralizados, como los entes y organizaciones autónomos dependientes del Ayuntamiento, y, en fin, las empresas municipales, incluso las constituidas en forma de derecho privado.

Más delicada parece la cuestión de determinar cuáles serán los sujetos activos, esto es, los sujetos legitimados para ejercer el derecho de acceso en sus distintas modalidades. La Llei Municipal de Catalunya parece inclinarse, con carácter general, por una cierta restricción de la legitimación, recurriendo a la categoría de «los interesados en el procedimiento», o de «quienes acrediten un interés directo en el asunto»; mientras que la LBRL no se pronuncia, aún dentro de lo genérico del tratamiento que hace de la cuestión, con

tales limitaciones, al menor por lo que se refiere al derecho a obtener copias y certificaciones de los actos y acuerdos, y de sus antecedentes.

El problema estriba en conjugar adecuadamente la protección del derecho a la información y al acceso a los documentos administrativos, por un lado, con la necesaria protección, también del derecho a la intimidad de los ciudadanos -lo que ya se contempla en el ordenamiento vigente como un límite a lo anterior- y con la exigencia de la eficacia administrativa. No debe olvidarse el hecho de que la información en poder de la Administración se justifica por su utilización al servicio del interés general, el cual debe prevalecer, en caso de conflicto, frente al interés particular.

En consecuencia, será preciso distinguir entre las diversas situaciones posibles. Así, por ejemplo, puede establecerse que todo ciudadano tiene el derecho a conocer la totalidad de documentos, datos personales registrados o almacenados, informes, etc., que le afecten personalmente. Además, también cabría reconocer la legitimación general para acceder a los acuerdos ya adoptados -y más aún si son ya firmes- así como a sus antecedentes. En cambio, la consulta de archivos y registros, en general y en relación a procedimientos en tramitación, podría condicionarse a una motivación suficiente de la solicitud que permita valorar a la Administración la posible repercusión en el desarrollo del procedimiento que pudiera comprometer la eficacia de la resolución definitiva, así como una eventual utilización de la información contraria al interés general.

En todo caso, el establecimiento de un procedimiento adecuado y con los mecanismos de garantía suficientes puede coadyuvar a delimitar el ámbito real y práctico del ejercicio de este derecho. La Ley podría enumerar -o remitirlo al oportuno reglamento municipal- determinadas categorías de actos, documentos o datos que son accesibles por la simple comparecencia en la oficina correspondiente, aunque se deba dejar constancia escrita de la identidad del solicitante.

En otros casos, puede establecerse la obligación de solicitud por escrito, y motivada, cuya respuesta deberá ser comunicada al solicitante en un determinado plazo, que sería conveniente no excediera de 30 días. En caso de denegación -que será siempre motivada- o de falta de respuesta en el plazo fijado, el particular podrá acudir a una específica

Comisión para el acceso a los Documentos administrativos, que resolverá sobre la solicitud. Si la resolución es favorable al solicitante, la Comisión ordenará al servicio u oficina correspondiente la exhibición de los documentos al interesado, o bien podrá recabarlos para sí misma y la propia Comisión los pondrá a disposición del ciudadano.

3. Aspectos del procedimiento administrativo

La agilidad y la transparencia de la acción municipal debe plasmarse también en algunas medidas relativas al procedimiento administrativo ya que éste alcanza la mayoría de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. No se contemplan aquí aquellos aspectos de técnica organizativa, de racionalización del trabajo de las oficinas públicas, etc., sino que se ofrecen sólo algunas breves ideas en relación a puntos muy concretos de cierta relevancia jurídica.

1. Una primera medida cuya introducción cabría estudiar es la creación de la figura del responsable del procedimiento, o responsable operativo, tal y como empieza a considerarse en la más reciente legislación de algunos países europeos. Se trata de formalizar un fenómeno que en la práctica ya se produce a menudo, pero que sería bueno dotar de mayor garantía: cada procedimiento singular -o cada tipo o categoría de procedimientos- que se tramita por la Administración municipal ha de contar con una persona física, «con nombre y apellidos» que aparezca externamente de cara a los ciudadanos, como el responsable que dirige e impulsa la tramitación y normalmente propone la resolución. Su identidad se comunica desde el primer momento a los interesados en el procedimiento, y con él se relacionarán personalmente a partir de entonces. El responsable operativo, además de su función en la instrucción del procedimiento y en las relaciones con los interesados, debe señalar los defectos de la tramitación, retrasos injustificados, etc. que se produzcan por parte de otros órganos o unidades distintas que deban intervenir en el procedimiento.

2. El procedimiento administrativo no debe ser sufrido por los ciudadanos como una carga suplementaria a la necesidad misma de acudir a la Administración o de ser interpelado por la misma. Entre las medidas para aligerar la posición de los ciudadanos en la tramitación de un procedimiento cualquiera, la Ley debería prohibir formalmente a la Administración

municipal exigir a los ciudadanos que aporten datos que ya consten a la propia Administración -o a otra Administración pública- así como de los documentos que los certifiquen. Ha de ser la misma unidad operativa -en su caso el responsable del procedimiento- quien solicite directamente dichos datos o documentos al centro o Administración donde los mismos consten, dando conocimiento de dicha solicitud a los interesados.

Tal vez habrían de excepcionarse de la solicitud directa por la Administración aquellos datos que figuran en los Registros Civil, Mercantil y de la Propiedad, pero no los obrantes en Archivos y registros estrictamente administrativos.

3. Una cuestión fundamental que requiere un cambio en su tratamiento es la figura del silencio administrativo. Concebido inicialmente como medio de garantía para los ciudadanos, se ha convertido en realidad en una extendida norma de conducta sistemática por parte de la Administración que en nada estimula el deber de resolver de forma expresa.

Cabría pensar, pues, en la posible generalización de la regla del silencio positivo para todos los supuestos de otorgamiento de autorizaciones, licencias, permisos, constataciones, etc., para el ejercicio de actividades privadas que no impliquen la utilización privativa de bienes públicos o el desarrollo de un servicio público.

Pero es bien sabido que el juego del silencio positivo en tales supuestos produce en la actualidad un cierto grado de inseguridad jurídica, puesto que al ciudadano le queda siempre la incertidumbre sobre la legitimidad de la posición jurídica así obtenida y sobre la posibilidad de que recaiga resolución tardía denegatoria. Por esta razón debería concretarse y perfeccionarse el actual régimen de producción y efectos del silencio positivo. En este sentido se han avanzado últimamente diversas propuestas que en último extremo coinciden en añadir al particular una carga más, una vez transcurrido el plazo de producción del silencio, que tiene la virtualidad de conferir una mayor seguridad jurídica. Así, en los procedimientos autorizatorios en general, el particular deberá comunicar a la Administración la obtención del acto presunto por silencio, indicando su contenido conforme a la petición y documentación en su día presentada, y a partir de ese momento el acto presunto será eficaz, incluso si fuese contrario al ordenamiento. En este último

caso, no obstante, la Administración estará obligada a proceder a la revisión de oficio por el procedimiento que corresponda -incluso el de lesividad, si procede- y a notificarlo, además, a los terceros interesados. La Administración podría proceder, en su caso, a la suspensión de los efectos del acto presunto.

Para el supuesto de procedimientos no autorizatorios, que tengan como objeto la obtención de una actuación positiva o prestación de la Administración -admisión a un servicio público, etc.-, una vez producido el silencio, el particular podrá exigir ante la jurisdicción contencioso-administrativa la ejecución del acto, ordenándose a la Administración el cumplimiento del mismo, una vez comprobada por el tribunal la concurrencia de los requisitos formales y sustantivos para la producción del silencio positivo.

4. Cabría resaltar, por otra parte, la importancia que tiene la motivación de todos los actos y acuerdos municipales de cara, no sólo a ofrecer garantías individuales a los afectados, sino a favorecer la transparencia y la imparcialidad de la Administración y la explicitación de las razones de su actuación. La Ley debería imponer esa obligación general sólo excepcionalmente para casos de actos de extrema simplicidad cuyas razones aparecen implícitas en el mismo. Por supuesto, dicha obligación de motivación será mucho más estricta para los actos de contenido discrecional, tanto favorables como de gravamen. Se trata, en síntesis, de ampliar el ámbito del actual art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo hasta que se consiga implantar esa autodisciplina administrativa que ha de potenciar un cambio en el modo de actuar de las Administraciones públicas.

La motivación de los actos municipales -no digamos ya el propio contenido de los mismos- deberá ser bien clara e inteligible para el ciudadano. Las referencias a las normas aplicables serán completas, de forma que sean fácilmente identificables por el destinatario.

En el caso que los motivos o razones del acuerdo municipal se deriven o deduzcan de otro acto o decisión anterior al que se remite expresamente el primero, deberá comunicarse también el contenido del acto anterior.

5. Debería estudiarse la posibilidad de regular formalmente la conclusión de acuerdos entre la Administración y los ciu-

dadanos para determinar el contenido, -especialmente el accidental: modo, condiciones, plazos- de los actos discrecionales. Dichos acuerdos deberían ser estipulados por escrito, dejando a salvo los derechos de terceros, y podrían incluir, además, la cuantía de la indemnización debida para el supuesto de revocación unilateral del acuerdo. Ello puede tener especial utilidad en materia urbanística, tributaria, etc.

6. En último lugar, y con carácter más genérico, debería impulsarse la tendencia hacia la introducción de elementos más ágiles en la instrucción de los procedimientos, mediante la previsión, por ejemplo, de trámites orales, como las sesiones de consulta con el responsable del procedimiento. Debería precisarse, no obstante, en qué tipos o categorías de procedimientos, y en qué supuestos concretos -existencia de una pluralidad de interesados, por ejemplo- sería útil acudir a esos trámites más directos. En todo caso, debería levantarse acta escrita de esas sesiones o reuniones.

4. El Defensor Cívico

Dentro de las instituciones tendentes a facilitar o a aumentar el grado de transparencia de la actividad administrativa puede incluirse la figura del Defensor Cívico o «Ombudsman», trasladando al escalón municipal la configuración de las instituciones análogas como son el Defensor del Pueblo o el Síndic de Greuges.

En relación con ello, entiendo que debe valorarse muy cuidadosamente la oportunidad o conveniencia del establecimiento de un órgano de este tipo para el ámbito municipal y, más en concreto, para el municipio de Barcelona. La experiencia habida sobre los primeros años de funcionamiento real de los comisionados parlamentarios en España, tanto a nivel estatal como autonómico, no resulta especialmente alentadora. Existen serias dudas sobre la efectividad global de dichas instituciones, y no sólo debido a las características de su reglamentación, que necesariamente rigidifican la actuación de las mismas, sino también por la ausencia de una tradición institucional que permita la eficaz implantación y aceptación social del verdadero papel de dichas instituciones.

También es cierto, no obstante, que en algunos municipios europeos pertenecientes a países donde tampoco existe esta

tradición, se ha logrado una adecuada configuración de ese tipo de órganos. En el caso de Barcelona, y en el supuesto de que optara por la creación de un Defensor Cívico propio, habría que evitar a toda costa tanto una excesiva atribución de competencias nominales y formales, como el recurso a funciones genéricas e indefinidas. Ambas circunstancias acostumbra a ser la causa primera de la ineficacia de las instituciones de este tipo. Por el contrario, debería precisarse con el mayor detalle las funciones específicas y concretas que le incumbirían, así como -y esto es importante- sus medios e instrumentos de actuación, tanto jurídicos como materiales y personales. De no procederse así, la creación del Defensor Cívico llegaría a resultar contraproducente a los ojos de la colectividad, ya que al eventual descontento por el mal funcionamiento de la Administración se añadiría el producido por la ineficiencia de la institución destinada teóricamente a solventar el primero.

En todo caso, el Defensor Cívico de ámbito municipal, de introducirse esa institución, debería configurarse como un instrumento de impulso y control de la eficacia administrativa, así como de la imparcialidad y de la transparencia de la actividad pública. No sería oportuno, en cambio, atribuirle importantes cometidos de control jurídico de la legalidad de la acción administrativa, para lo que existen los medios adecuados. Únicamente cuando se tratase de la protección de determinados intereses difusos de difícil representación ante los medios de control jurídico pudiera entenderse justificada la intervención del organismo en cuestión. Pero básicamente, su actuación habría de proyectarse sobre la propia Administración municipal y sólo excepcionalmente ante los tribunales.

Como se ha señalado, la intervención de esta institución adquiere un mayor sentido si se la relaciona con la supervisión y denuncia pública de los defectos producidos por la gestión administrativa, o incluso como protección del derecho de acceso a los documentos y a la información administrativa frente a denegaciones encubiertas y a retrasos injustificados, en este ámbito o en el más general de la tramitación de los procedimientos públicos.

En fin, el Defensor Cívico también podría aparecer como un elemento de dinamización de la participación, de canalización e impulso de iniciativas y seguimiento de las mismas, pero cabe el riesgo de convertir entonces a este órgano en

una ventanilla de información o en buzón de sugerencias o reclamaciones, cuestiones para las que deben preverse mecanismos específicos de distinto alcance.

En lo que atañe a la concepción estructural de la institución del Defensor Cívico, la misma debería responder a la figura de las «autoridades administrativas independientes», esto es, a su colocación al margen de toda estructura jerárquica en el seno de la organización municipal, e incluso libre de todo mecanismo de tutela por parte de la misma. Su vinculación con el ordenamiento se realizaría directamente a través de la ley que estableciera configurada dicha institución, la cual garantizaría inmediatamente la independencia del Defensor Cívico, su status subjetivo y funcional, así como el alcance de sus poderes de control. Respecto a esto último, habría que presuponer una serie de atribuciones en orden a sus poderes -y la correspondiente garantía- de obtener información, de investigación y encuesta, de dirigir advertencias y mociones, y de propuesta de decisiones.

En relación con la eventual regulación legal de la institución del Defensor Cívico para el Municipio de Barcelona, deberán tenerse presentes los problemas de articulación entre su ámbito de actuación y el que actualmente está atribuido al Defensor del Pueblo y al Síndic de Greuges.

SEGUNDA PARTE

LOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN DIRECTA

1. Introducción

Los instrumentos de democracia directa están padeciendo en los últimos tiempos una notable regresión ante la exclusividad que se quiere preservar en favor de las instituciones de la democracia representativa. La regulación constitucional del referéndum y de la iniciativa popular, así como su desarrollo legal, aportan una buena prueba de esta tendencia. Sin necesidad de entrar en el debate acerca de la función político-institucional que debe o puede atribuirse a cada una de las citadas formas de expresión de la voluntad general -directamente o por representación- en el Estado actual, de lo que no cabe duda es que en cualquiera de los casos el nivel municipal resulta el más propicio -y tal vez el más necesitado- para la implantación y difusión de aquellos instrumentos

que faciliten una mayor inmediatez entre la expresión de la voluntad popular y la adopción de una decisión imputable a un poder público. Es en este sentido que la Carta Municipal de Barcelona debe otorgar una atención preferente a la previsión y, en su caso, regulación de la figura del referéndum y de otras técnicas afines como las consultas populares e, incluso, las encuestas y los sondeos públicos.

2. La legislación estatal

El artículo 71 de la LBRL se refiere expresamente al referéndum municipal en los siguientes términos:

«De conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local».

En el precepto transcrito se contiene la disciplina básica sobre la institución del referéndum municipal. En relación con ella, cabe destacar las siguientes cuestiones:

a) La consulta es siempre facultativa y no se prevé en la Ley ningún supuesto de referéndum preceptivo obligatorio por razón de la materia.

b) Los asuntos sometidos a consulta popular deben reunir las siguientes condiciones: 1) Ser de la competencia propia municipal y de carácter local, por lo que parece que se excluye el referéndum en aquellas materias sobre las que el municipio sólo ostente competencias delegadas por una Administración superior: Estado, Comunidad Autónoma, Provincia (art. 27 LBRL). 2) Debe tratarse de asuntos de especial relevancia para los vecinos, correspondiendo al Ayuntamiento apreciar esta circunstancia en el momento de acordar la convocatoria. 3) No versar sobre materias relativas a la Hacienda local.

c) El procedimiento a seguir es el siguiente: acuerdo por mayoría absoluta del Pleno del Ayuntamiento, autorización del Gobierno de la Nación y convocatoria del Alcalde. Sobre

el régimen procedimental pueden señalarse algunos aspectos: 1) No se regula la posible iniciativa o solicitud del referéndum por los ciudadanos. 2) La autorización del Gobierno de la Nación deriva del art. 149.1.32 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva de «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum», y de lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1980 antes citada, siendo la primera vez en la legislación española que se impone una intervención de la Administración central de esta naturaleza, en una materia que es típicamente local. 3) Tampoco se regula el régimen de mayorías, ya sea respecto del número total de los electores o bien respecto del número de los votantes, para entender aceptada o rechazada la consulta.

d) No se establece con claridad si se trata de una consulta previa a la adopción de un determinado acuerdo por el Ayuntamiento o bien de un referéndum posterior de ratificación o de revocación de un acuerdo municipal ya adoptado y pendiente de ejecución. Ciertamente, el artículo 71 de la LBRL que hemos transcrito dice que se pueden someter a consulta «asuntos» de competencia municipal, y no «acuerdos» de la Corporación local, pero ello no es suficiente para entender prohibido el referéndum de ratificación o de revocación.

e) En el caso de que entienda que la consulta debe ser previa a la adopción del acuerdo, tampoco se dispone si el resultado de la consulta tendrá carácter vinculante para el Ayuntamiento o no. La misma Ley, no obstante, establece en su art. 69.2 que cualquier forma de participación ciudadana en la vida local no podrá en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos de las Corporaciones locales. Si se considerara que ello impide dar fuerza vinculante a las consultas locales, debería entenderse, lógicamente, que el referéndum tampoco podrá ser nunca de ratificación o de revocación de un acuerdo local, o que, de serlo, no producirá efectos jurídicos inmediatos.

f) La Ley no regula otras instituciones próximas al referéndum o consulta, como pueden ser la iniciativa popular y la revocación de mandato. 1) Respecto de la iniciativa popular para la adopción de acuerdos por el Ayuntamiento, el art. 69 de la ley únicamente dispone que las Corporaciones locales deben facilitar la participación ciudadana y que serán las normas de autoorganización de cada municipio las que regulen

las formas, medios y procedimientos de participación. 2) La revocación del mandato del alcalde por voto popular parece estar excluida por la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, puesto que su art. 197 sólo prevé la destitución del alcalde a través de la moción de censura adoptada por la mayoría absoluta de los concejales.

3. La legislación catalana

La Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña, de 15 de abril de 1987 contiene un Capítulo que lleva por epígrafe «Consultas populares» (art. 144 a 146). Lejos de disipar las dudas planteadas por la LBRL, la Ley catalana se limita a introducir algunas innovaciones sobre aspectos muy puntuales, aunque no exentos de relevancia.

Así, regula la iniciativa popular para solicitar la celebración del referéndum, estableciendo unos mínimos de peticionarios que, en el caso del municipio de Barcelona, se aproximarían a los 100.000 vecinos. Pero los efectos de esta solicitud se limitan a la obligación del Alcalde de someterla al Pleno del Ayuntamiento, sin que este último se encuentre vinculado a aceptar la solicitud, pudiendo rechazarla por mayoría simple.

Por otra parte, los artículos 144.4 y 145.1 establecen una intervención del Gobierno de la Generalidad en el proceso de autorización del referéndum que no cuenta con ninguna justificación -salvo lo que más adelante se dirá-, llegando a atribuir al Ejecutivo autonómico la competencia para convocar la consulta popular por medio de Decreto, en abierto contraste con lo establecido en la LBRL.

En fin, se contienen en el art. 146 algunas normas relativas al proceso de celebración del referéndum, así como al acceso gratuito a los medios de comunicación que en este último caso, cabe cualificar de restrictivas, como enseguida se pondrá de manifiesto.

4. Las distintas figuras de participación directa

A la vista de las anteriores regulaciones, notoriamente ambiguas y genéricas y que, desde luego, denotan una evidente desconfianza por los instrumentos de consulta popular, la

Carta Municipal de Barcelona representa una inmejorable oportunidad para establecer una normativa más completa y, en su caso, modificar aquellos aspectos de la legislación vigente que se considere oportuno. En este sentido, se ofrecen a continuación algunos puntos de reflexión para cuya formulación se ha tenido en cuenta tanto la legislación y la práctica desarrollada en otros países occidentales como la propia legislación histórica de nuestro país y, en especial, la Ley Municipal de Cataluña de 1933-1934, que dedicó una notable atención al fenómeno de las consultas municipales.

4.1. El referéndum y sus clases.

En primer lugar sería conveniente que se efectuara una clara distinción entre las diversas modalidades de referéndum o consultas populares, según su diversa naturaleza y objeto, asignándose a cada una de ellas un régimen propio o al menos unas especialidades derivadas de sus respectivas finalidades.

A simple título indicativo, y por la relevancia jurídica que ofrece la cuestión, cabe distinguir aquellos supuestos en que la voluntad popular se expresa en relación a un acuerdo municipal ya adoptado -para revocarlo o para ratificarlo, según los casos-, de aquellas otras consultas que son previas a la adopción del acuerdo municipal.

Por regla general, la denominación de «referéndum» acostumbra reservarse para las consultas indicadas en primer lugar, esto es, aquellas que se realizan a posteriori de la decisión administrativa. Dentro de esta figura de referéndum en sentido estricto se incluyen, a su vez, dos posibilidades que remiten a regímenes distintos:

a) Referéndum de ratificación de acuerdos ya adoptados pero cuya eficacia queda condicionada al posterior pronunciamiento popular. Normalmente, la ley debería indicar aquellos tipos de acuerdos especialmente relevantes que han de ser obligatoriamente sometidos a su ratificación por referéndum; o bien indicar los supuestos genéricos en que tal procede, y que habrían de referirse, en principio, a los casos en que un determinado quorum de concejales solicitara dicha ratificación.

El referéndum de ratificación tiene un sentido cautelar, al referirse a acuerdos cuya eficacia está supeditada o, mejor,

demorada o condicionada, de forma que parece conveniente reservar este instrumento para casos realmente excepcionales en los que la presunción de legitimidad social y política del acuerdo municipal no resulta evidente, debido a una hipotética, -pero no contrastada, y ésta es la finalidad del referéndum- diversidad de apreciación de las necesidades públicas por parte de la colectividad y de sus representantes.

Por lo demás, piénsese que un acuerdo que haya sido sometido a ratificación por referéndum popular debería quedar vinculado por este hecho, en virtud del principio de «*contrarius actus*». Así, si se ha obtenido la ratificación popular, no podría ser modificado o revocado por voluntad exclusiva del órgano municipal, sino que se precisaría de nuevo un pronunciamiento referendario. Por el contrario, si el acuerdo no ha conseguido su ratificación, no sería correcto que el órgano municipal pudiera desconocer este resultado procediendo a la aprobación por sí sólo de una nueva decisión sobre la misma cuestión.

b) Referéndum de revocación o abrogatorio, cuya finalidad es privar de eficacia a determinados acuerdos municipales que han comenzado ya a producir sus efectos. En este caso, el tema aparece mucho más delicado, puesto que pueden resultar afectadas algunas situaciones jurídicas creadas al amparo del acuerdo cuya revocación se pretende, por lo que cabe pensar si sería conveniente regular la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que la revocación pudiera causar en dichas situaciones jurídicas.

La celebración de este tipo de referéndum debiera ser obligatoria únicamente en dos supuestos. Por un lado, cuando se tratase de revocar acuerdos para cuya aprobación o ratificación se celebró un anterior referéndum, con resultado positivo; por otro lado, cuando tuviera lugar una solicitud de celebración por iniciativa popular de cierta consistencia en relación al ámbito de la consulta. No creo oportuno avanzar cifras o porcentajes en relación con este extremo, pero en todo caso debería establecerse el carácter vinculante de la iniciativa popular.

4.2. Las consultas populares.

Una figura distinta del referéndum en sentido estricto, aunque guarda con él evidentes similitudes, es la que podríamos denominar genéricamente «consulta popular». En este caso,

la ruta común consiste en que la consulta tiene lugar antes de que el Ayuntamiento haya adoptado ningún acuerdo en relación con la cuestión objeto de la consulta.

Desde el punto de vista de su eficacia jurídica, la trascendencia de la consulta acostumbra a ser más bien reducida, excepto en aquellos supuestos en los que se otorgue a la misma carácter vinculante para el órgano municipal que debe adoptar la resolución sobre la materia o cuestión consultada. Pero naturalmente, la relevancia de la consulta popular no descansa sobre su eficacia jurídica sino en su significado político. Por ello mismo, su regulación debiera ser mucho más flexible y abierta que la relativa a los referéndum de ratificación o de revocación.

Si se optara por prever la posibilidad de que la Corporación decidiera libremente atribuir carácter vinculante a una determinada consulta popular, pudiera suscitarse la duda de su contradicción con el ya citado art. 69.2 LBRL. No obstante, téngase presente que dicho precepto, al prohibir que las formas de participación menoscaben las facultades de decisión de los órganos representativos, se refiere a las formas establecidas en uso de la potestad de autoorganización interna de los entes locales, mientras que aquí se está planteando su previsión a nivel legal.

5. Algunas cuestiones a regular específicamente

La Ley Especial de Barcelona debería, por tanto, considerar de modo diferenciado las distintas figuras referendarias a que se ha hecho alusión. En cualquier caso, debe contener una regulación mínima de algunos aspectos generales que no cuentan con una ordenación satisfactoria en la legislación vigente.

5.1. La iniciativa para la convocatoria de un referéndum o consulta, debe atribuirse, al menos, al propio Ayuntamiento y a los ciudadanos, estableciéndose, en su caso, el número de éstos que es necesario para que la iniciativa se considere vinculante, de modo que el Ayuntamiento esté obligado a iniciar el procedimiento para su convocatoria. Sería oportuno establecer un régimen diferenciado según el ámbito de la consulta, es decir, si es de ámbito general en todo el municipio o bien se refiere a un distrito o sector determinado. El reconocimiento de la iniciativa a los ciudadanos se cir-

cunscibiría normalmente al referéndum de revocación y a las consultas populares, y debería regularse también la iniciativa por parte de asociaciones y entidades de participación.

5.2. Autorización de la convocatoria. Puede pensarse en una posible modificación de la legislación vigente, que atribuya al Gobierno de la Nación dicha autorización (art. 149,1,32 CE, Disp. Ad. de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero y art. 72 LBRL).

Tratándose de una competencia exclusiva del Estado atribuida constitucionalmente, cabría la posibilidad de delegar o transferir a la Generalitat, mediante Ley Orgánica (art. 150.2 CE) la competencia para autorizar la convocatoria del referéndum o consulta popular de ámbito municipal.

Tanto si se mantiene esta facultad de autorización en manos del Gobierno como si se transfiere o delega a la Comunidad Autónoma, resulta inadecuada e incorrecta la previsión contenida en el art. 145.1 de la Ley Municipal de Régimen Local de Catalunya al atribuir al Consell Executiu de la Generalitat la potestad de convocatoria del referéndum o consulta. Dicho precepto contradice abiertamente lo dispuesto en el art. 72 LBRL, que deja bien claro que es el Alcalde a quien le corresponde «someter a consulta popular» las cuestiones susceptibles de ser objeto de referéndum o consulta.

5.3. Acceso a los espacios gratuitos de propaganda. La regulación contenida en el art. 146,c) de la Ley Municipal catalana es sumamente restrictiva. Por un lado se limita a los medios de comunicación institucional del ámbito local afectado. Habida cuenta de la importancia numérica de la población de Barcelona, y de la relevancia institucional de su Municipio, debería garantizarse también el acceso a los medios de comunicación institucionales al menos de ámbito catalán: los dependientes de la Corporació Catalana de Ràdio i Televisió, el canal catalán de TVE, etc.

Por otro lado, se dispone en el citado precepto que el derecho de acceso se restringe a los grupos políticos con representación en el Ayuntamiento y a las asociaciones o grupos promotores de la consulta. Frente a esta limitación, debería estudiarse la conveniencia de garantizar el acceso a asociaciones y grupos no promotores de la consulta si se trata de una consulta convocada por iniciativa popular, puesto que normalmente los promotores de una consulta sostienen ya de

entrada una postura respecto a la materia consultada, y ello requiere dar acceso a los que mantienen posturas diversas. Si se trata de consulta o referéndum convocado por iniciativa del propio Ayuntamiento, al no existir por definición «grupos promotores», debe darse acceso a las entidades y asociaciones de participación más afectadas y más representativas. Si sólo se da acceso gratuito a los medios de comunicación a los grupos políticos presentes en el Ayuntamiento, se desvirtúa el significado de la consulta, que deja de tener por objeto la materia o cuestión sometida a referéndum para pasar a ser un referéndum sobre la postura de los grupos políticos en relación a la misma.

5.4. Aprobación de la consulta. También debería regularse el régimen de las mayorías necesarias para entender aprobada o rechazada la propuesta sometida a referéndum.

Para el supuesto de las consultas propuestas en sentido estricto, no resulta tan imprescindible, habida cuenta de su irrelevancia desde el punto de vista jurídico. Únicamente para el caso de que se hubiera decidido atribuirle carácter vinculante sería necesario regular tal extremo y, por supuesto, también lo sería para el referéndum de ratificación y de revocación.

Las posibilidades son muy variadas -la Ley Municipal de Cataluña de 1933-1934 establecía un régimen de mayorías distinto para cada tipo de referéndum-. Se puede fijar una determinada mayoría -simple, absoluta, etc.- de los votos emitidos que al mismo tiempo representase un determinado porcentaje del censo de la población -municipal, del distrito, etc.- convocada al referéndum. Incluso, para algunos referéndums de ámbito municipal relativos a decisiones especialmente relevantes, puede exigirse la obtención de la mayoría que se haya fijado en todos y cada uno de los distintos municipios, o en la mayoría de ellos, y siempre en relación con la población de cada uno de ellos.

5.5. Reiteración de la consulta. Cabe pensar en la oportunidad, o no, de establecer una prohibición temporal de iniciativa o de convocatoria de referéndum o consultas sobre cuestiones que ya han sido objeto de iniciativa -con éxito o sin él-, o de consulta. Tal vez deberían exceptuarse los supuestos de referéndum de revocación de un acuerdo para cuya aprobación o ratificación se había celebrado referéndum, en virtud del principio contrarius actus.

Barcelona, 30 de junio de 1987

LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LOS BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN

Tratar de llevar a cabo una reflexión sobre el contenido que debe tener la Ley Especial de Barcelona en materia de bienes exige poner, en primer lugar, la problemática actual en el tratamiento de los bienes de la Administración.

LOS BIENES MUNICIPALES
(Estudio preliminar a la
Ley Especial de Barcelona)

Joaquim TORNOS i MAS

Marginado en este momento el problema de parcelas urbanas, puede afirmarse que el planteamiento actual de la teoría del dominio público tiene su origen en la doctrina francesa posterior al primer Código Civil. El debate se centra en la discusión en torno a si los bienes que integran el dominio público son o no objeto de un verdadero derecho de propiedad por parte de la Administración.

Entre las primeras posturas que ven en el dominio público una propiedad administrativa, se encuentran aquellas que afirman la distinción entre bienes públicos y privados, pero que consideran que el dominio público es un tipo de propiedad de carácter administrativo, y que en este caso debe estar sujeta a un régimen administrativo especial, distinto del que rige para los bienes privados.

La tesis opuesta será defendida por SAVIGNY, y será su teoría la que hará fortuna en el extranjero, pero, para todo el derecho sobre el dominio público se ha de partir del principio de que el dominio público es un tipo de propiedad, y que, por tanto, debe estar sujeta a un régimen especial.

I. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LOS BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN

Tratar de llevar a cabo una reflexión sobre el contenido que debe tener la Ley Especial de Barcelona en materia de bienes exige poner, en primer lugar, la problemática actual en el tratamiento jurídico de los bienes de la Administración.

Esta problemática tiene su núcleo en la discusión en torno a la naturaleza jurídica del llamado dominio público, que servirá a su vez para definir la naturaleza de los bienes patrimoniales. La discusión parte de un punto de general aceptación: toda la teorización del dominio público está lastrada por elementos de arrastre histórico, remontándose el régimen peculiar de los bienes de la Administración a la doctrina del derecho romano. La discusión corre el peligro de quedarse en un planteamiento exclusivamente dogmático que ignore los cambios sociales y la nueva función que debe asignarse a los bienes que pertenecen, o sobre los que ejerce su potestad, la Administración Pública.

Marginando en este momento el remontarnos a períodos anteriores, puede admitirse que el planteamiento actual de la teoría del dominio público tiene su origen en la doctrina francesa posterior al primer Código Civil. El debate se centra en la discusión en torno a si los bienes que integran el dominio público son o no objeto de un verdadero derecho de propiedad por parte de la Administración.

Frente a las primeras posturas que ven en el dominio público una propiedad administrativa peculiar, PROUDHOM establecerá la distinción entre dominio público y privado, negando todo derecho de propiedad en el primer supuesto, y afirmando que en este caso el Estado detenta únicamente poderes de guarda y vigilancia (policía).

La tesis opuesta será defendida por HAVRIOV, y será su doctrina la que hará fortuna en nuestro país. Para este autor el derecho sobre el dominio público es un derecho de propiedad, debiendo estudiarse en consecuencia las peculiaridades pro-

pías de este derecho de propiedad que tiene como titular a una Administración Pública.

Como postura tal vez intermedia puede mencionarse el tratamiento dado a esta misma cuestión en el derecho alemán. Para los autores de este país los bienes de dominio público son objeto de propiedad privada de régimen civil, y pueden pertenecer tanto a la Administración como a los particulares. Lo característico es que tales bienes están afectos a un destino de interés público, y es esta afectación a una utilidad general lo que limita el ejercicio del derecho de propiedad mientras se mantenga precisamente dicha afectación.

La evolución seguida en nuestro país ha terminado por recoger de forma dominante las teorías de HAVRIOV y la concepción «propietarista» del dominio público. Ahora bien, esto no siempre fue así, como se ha puesto de relieve recientemente (GALLEGO ANABITARTE):

«A partir de esta fecha de 1866, en la que la concepción del dominio público está sólidamente asentada en los bienes de uso común, de utilidad general, sobre los que el Estado no tiene propiedad, sino que ejerce a lo sumo el dominio eminente -o que al estar atribuidos a la Nación, no al Estado, cabe hablar de que son bienes sometidos al Señorío nacional- se va a producir en el corto espacio de menos de 25 años una extraordinaria hipertrofia del concepto de dominio público, cuyo precipitado final es el art. 339 del Código Civil».

La Ley de Minas de 1868 y la Ley de Obras Públicas de 1877 añaden nuevos tipos de bienes bajo el concepto de dominio público más allá del concepto clásico de bien de uso general. Así, aparecen bienes que no se destinan ya a un uso público, sino al fomento de la riqueza nacional o a un servicio público.

El artículo 339 engloba los diversos tipos de bienes, los de uso público y los que «pertenecen privativamente al Estado sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional». Diversos tipos de bienes, y tan sólo en relación a los del segundo apartado se dice expresamente que pertenezcan al Estado.

Ahora bien, a partir de la influencia de la doctrina de HAVRIOV, introducida entre nosotros por FERNÁNDEZ DE VELASCO, el dominio público va a concebirse como un derecho de

propiedad. Tomando de nuevo palabras de GALLEGO ANABITARTE, «Lo único importante es destacar que, hasta bien entrado el siglo XX, la tradición y la doctrina jurídica española concibieron al dominio público como un conjunto de bienes sometidos al señorío o dominio eminente del Estado, pero no objeto de propiedad. La doctrina dominante hoy ha extendido el concepto de dominio público como propiedad -perfectamente justificado en los bienes de servicio público- a todos los bienes de dominio público».

La concepción del dominio como propiedad aparece en la doctrina mayoritaria (GARCÍA DE ENTERRÍA, GARRIDO FALLA), si bien deben destacarse algunas voces discordantes (VILLAR PALLASI, y más recientemente PAREJO GOMIR/RODRÍGUEZ OLIVER o PAREJO ALFONSO). La jurisprudencia ha optado también por insistir en la vinculación entre dominio público y propiedad administrativa. Así, la Sentencia de 28 de octubre de 1981, Av. 4703:

«El dominio público en nuestro Ordenamiento jurídico, en el presente momento histórico, se configura como una relación de propiedad y no como una relación de poder o de soberanía, tal como proclama no sólo el Código Civil en sus artículos 338 y 345, sino también la Ley de Régimen local, en sus artículos 182 y siguientes y el Reglamento de Bienes de Entidades locales en sus artículos 3.º y 4.º».

No obstante, recientemente surgen cada vez voces más críticas con relación a esta concepción tradicional, que provoca una discusión estéril en relación a la existencia o no de un verdadero derecho de propiedad. Si las primeras críticas ponen de relieve la insuficiencia de la concepción tradicional para explicar la realidad de dominio público (GARCÍA TREVIJANO, GONZÁLEZ BERENGUER), las más recientes tratan de desvelar la inadecuación de la concepción clásica a la realidad de una Administración al Servicio del Estado social. La visión «propietarista» tiende a una explotación del bien o a garantizar exclusivamente el uso común de los bienes de esta naturaleza. Por contra, una visión centrada en el dominio público como potestad pública insistirá en la utilidad general de los mismos, en su vinculación a servicios públicos y tratará de garantizar la adecuación de los bienes a los fines. El dominio público se atribuye a la Administración no para tutelar intereses de esta persona jurídica, sino para alcanzar fines de interés general.

Se trata, pues, de vincular la teoría del dominio público a los cambios sufridos por el Estado. Como ha puesto de relieve PAREJO ALFONSO, «puede decirse con carácter general que el debate doctrinal en torno a la dogmatización de la categoría de dominio público continúa moviéndose en un plano teórico-historicista, que hace abstracción de las profundas mutaciones experimentadas por el Estado y su acción; mutaciones que han provocado una notable alteración del sentido y la funcionalidad de los bienes públicos: no se trata ya tanto -como ocurría en el siglo XIX y principios del actual- de un conjunto constitutivo del sustrato físico de usos colectivos sobre el que el Estado despliega una función de mera policía para salvaguardar su destino, cuanto del resultado de la acción positiva de conformación social a la que dicho Estado está obligado; resultado, además, dinámicamente vinculado y dependiente de esa acción». Esta misma idea, vinculando el dominio público a la acción positiva del Estado, se repite en FONT LLOVET:

«La Administración soberana es asistencia vital en cuanto procura al ciudadano prestaciones y ventajas que se materializan en medios objetivos, lo cual sucede, ante todo, con el régimen de las cosas públicas. Desde este punto de vista, deberá admitirse que el dominio público aparece en sí mismo como prestación asistencial, por cuanto es de su propia esencia estar puesto a disposición de los particulares, ya sea directamente -con independencia de las diversas formas de utilización- ya sea como soporte de los servicios públicos que revierten en nuevas prestaciones».

Una posición intermedia, defendiendo el dominio público como derecho de propiedad, es la de SAINZ MORENO. Para este autor «la moderna concepción de la propiedad ofrece la ventaja de que permite desarrollar una teoría completa del dominio público, esto es, una teoría que, teniendo en cuenta la función que cumple (con los poderes y deberes que ello entraña para sustituirla), no prescinde de los problemas que el dominio en cuanto cosa plantea».

Las reflexiones recogidas hasta aquí han de servir de marco referencial para toda propuesta de reforma del régimen jurídico de los bienes pertenecientes a la Administración. El hilo conductor debe ser la voluntad de impregnar de nuevo sentido al tratamiento jurídico de la teoría del dominio público o más ampliamente de las propiedades administrati-

vas. El derecho administrativo no debe centrarse en la defensa de la propiedad y por tanto en las reglas de la inco-merciabilidad. Lo importante es que el tratamiento de los bienes insista en su carácter instrumental, y el dominio público se conciba como título habilitante para la consecución de fines de interés general. Ello implica, por ejemplo, que junto a la teoría de los usos se insista en el destino de bienes a la prestación de servicios públicos, o que cuando se trata de regular los usos privativos se adquiriera conciencia que lo que importa es lograr una actividad de interés general en los bienes de dominio público. El bien es el instrumento para esta actividad, más allá por tanto del planteamiento limitado a justificar la utilización por quien obtiene la autorización de un bien propiedad de la Administración. No importa tanto el uso que haga un particular como la actividad que a través de este uso revierta en la colectividad.

En esta misma línea lo importante es la conservación de los bienes, pero no para mantener el derecho de propiedad, sino para conseguir a través de ellos los fines propios de la Administración. Por poner un ejemplo sobre el que volveremos, no importa sólo mantener la propiedad de unas aguas públicas. Importa que éstas se mantengan en condiciones de prestar el servicio al que están afectas, que puede ser el suministro a poblaciones. En definitiva, desaparecida la razón de una propiedad pública como base generadora de las rentas para sufragar los gastos del Estado, superado el concepto restrictivo de bienes demaniales como los de uso común, el dominio público no puede seguirse contemplando como un derecho de propiedad de la Administración, y debe concebirse como el conjunto de medios materiales de que dispone la Administración para el cumplimiento de sus fines. Esta vinculación finalista justifica y explica su régimen jurídico especial. En definitiva, y en este punto sí que existe una coincidencia general, el elemento esencial en la teoría del dominio público es la afectación o destino de los bienes.

Las nuevas tendencias en torno a la concepción del dominio público puede explicar también la incorporación al texto constitucional de un precepto relativo al dominio público, disposición que no tiene precedente en la historia constitucional española ni en el Derecho comparado (SÁINZ MORENO). El Estado social de derecho tal vez exigía esta referencia en el texto constitucional. Por otro lado, los artículos 33.2 y

128 de la Constitución española inciden también en esta problemática, imponiendo una vinculación de toda la riqueza del país a fines de interés general.

II. LA LEY ESPECIAL DE BARCELONA Y EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES

La segunda cuestión de carácter general que debe abordarse antes de redactar la Ley Especial es el ámbito competencial de esta norma en relación al tema de los bienes del Ayuntamiento de Barcelona.

Este planteamiento nos sitúa ante un problema de difícil solución. El sistema de fuentes en materia de bienes de las entidades locales es de por sí complejo, pero a ello debería añadirse que la Ley Especial de Barcelona supondría la introducción de una norma de rango y fuerza de Ley, de naturaleza especial, que alteraría el esquema del artículo 5 de la Ley de Bases de Régimen Local (y evidentemente el 1.2 del RBCL).

Si tomamos como punto de partida el texto constitucional, se constata la existencia de una diversidad de normas legales y reglamentarias que se ocupan de los bienes de las Administraciones públicas y que, por tanto, pueden incidir en la futura Ley Especial. Así, desde el Código Civil y la Ley General Presupuestaria, a la Ley de Bases de Régimen Local, el TRRL y el Reglamento de bienes de la citada Ley, sin olvidar la Ley de Patrimonio estatal o la Ley de Patrimonio de la Generalitat y su Reglamento, si bien estos últimos textos tendrían una incidencia mucho menor.

Ahora bien, como no se trata aquí de determinar el ordenamiento aplicable a los bienes del Ayuntamiento de Barcelona según la legislación vigente (lo que nos remitiría al artículo 5 de la LBRL, a la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley y a la Disposición Final 7a., 1.b del TRRL), sino de tratar de determinar el marco de referencia de la nueva Ley Especial de Barcelona, el planteamiento es completamente diverso.

Desde esta otra perspectiva únicamente cabe retomar aquí los planteamientos ya realizados por MUÑOZ MACHADO en un estudio sobre la «Posibilidad y requisitos de una Ley Especial para el Ayuntamiento de Barcelona». De acuerdo con este autor, si

en materia de bienes la nueva Ley no pretendiera alterar los aspectos básicos, reservados a la Ley estatal, cabría la posibilidad de aprobar la Ley Especial por el Parlamento de Cataluña. Sin embargo, como el planteamiento será de carácter general, todo indica que la nueva Ley requerirá la aprobación del Estado, al quererse superar el marco hoy establecido en la LBRL para otras materias (organización, competencias, procedimientos, etc.). En consecuencia, aprobándose la Ley por el Parlamento estatal, desaparecerá el límite de lo básico (conclusión tercera del citado trabajo de MUÑOZ MACHADO: «No obstante, por mucha flexibilidad que se use, no parece que la LBRL deje margen suficiente como para que pueda dictarse una Ley autonómica para Barcelona, con los contenidos que se prevén en los estudios provisionales realizados hasta ahora, sin que la aludida LBRL quede modificada. Esta modificación no está al alcance de una decisión particular de la Generalitat, sino que debe producir-la el Estado»).

Si esto es así, y no entramos ahora en la solución procedimental final que en su día se adopte, no existirá límite alguno en materia de bienes derivados de la legislación básica estatal, ni de lo establecido en la legislación civil (artículo 149.1.8 de la Constitución, ni de las normas sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas ni de la legislación sobre contratos o concesiones administrativas, artículo 149.1.18 de la Constitución). El límite competencial que definió la Sentencia del Tribunal Constitucional 58/1982 de 27 de julio desaparece al aprobarse una Ley estatal.

Desaparecido el límite competencial al dictarse una Ley estatal restará tan sólo el límite que al legislador le impone el principio de constitucionalidad. Como ha dicho SAINZ MORENO el legislador que se ocupa del dominio público no puede olvidar el artículo 33 de la Constitución y, en consecuencia, la regulación por la Ley del dominio público no puede tener un efecto confiscatorio. Por tanto:

«- La declaración por la Ley de que determinados bienes adquieren la condición de demaniales exige, cuando implique la privación de derechos privados sobre tales bienes, que se proceda a la correspondiente indemnización.

- La regulación de las servidumbres y cargas que ha de soportar la propiedad privada colindante con bienes de

dominio público no implica un perjuicio patrimonial sin compensación para los afectados (compensación en la que, naturalmente, había que valorar el beneficio que, en su caso, pueda proporcionar al particular su vecindad con el dominio público de que se trate).»

Llegados a este punto, deben formularse algunas consideraciones. Ciertamente la Ley Especial aprobada por el Parlamento estatal podría prescindir de toda referencia a la legislación estatal y autonómica en materia de bienes públicos desde una perspectiva competencial, pero ello no parece conveniente desde un planteamiento de oportunidad.

La Ley Especial de 1960 no contenía referencia alguna a los temas de bienes, y como señala el propio MUÑOZ MACHADO en su trabajo ya citado este no es un tema que exija planteamientos dispares a los contenidos en la legislación estatal (págs. 51-52).

Esta falta de tratamiento responde a la idea de que no es conveniente introducir un nuevo régimen jurídico de los bienes públicos en la Ley Especial. Se está produciendo una clara armonización en la materia a nivel de la legislación general estatal, autonómica y local, y se intenta reconducir la legislación sectorial a las mismas pautas comunes. Por tanto, la Ley Especial debería remitirse a la normativa ya existente.

Esta remisión, que no debe ser absoluta, y enseguida señalaremos los temas que sí debe contener la Ley Especial, plantea no obstante algunos problemas. Por una parte es evidente que debe dejarse un amplio campo de fuerza a la potestad de Ordenanza local, de manera que sea el ente municipal quien regule especialmente el tema de la utilización y destino a través de su poder normativo. Como puso de relieve la vieja Sentencia del Tribunal Supremo, en materia de utilización de los bienes, el Municipio debe gozar de una amplia libertad (al margen ahora del tema concreto, bienes comunales, y el artículo que se enjuicia, artículo 155 de la Ley Municipal de 1935, el Considerando es de interés: «...se expresa que el Ayuntamiento es, en último término, soberano para regular el aprovechamiento de sus bienes de uso común, y al regular el del monte Pendieiro, mediante el acuerdo recurrido de 10 de septiembre de 1940, no ha hecho más que usar una facultad que la Ley de su Constitución le «otorga»).

Si existe este límite inferior, no ahogar la autonomía normativa, el otro problema radica en la remisión a la legislación aplicable, en lograr una clara delimitación del ordenamiento que contendrá las reglas generales sobre los bienes del Ayuntamiento de Barcelona. Es en este sentido que podría ser conveniente un nuevo artículo equiparable al núm. 5 de la LBRL, pero que clarificara el tema (evitando disposiciones del tenor de la Disposición Final séptima, l.b del TRRL). Dicho precepto declararía aplicable en primer lugar la legislación básica estatal (concretando qué artículos poseen esta naturaleza), luego la Ley Especial, y a continuación la legislación de la Generalitat, cerrando el bloque normativo, Las Ordenanzas propias del Ayuntamiento de Barcelona.

III. DEFINICIONES GENERALES: REMISIÓN

De acuerdo con lo dicho en el apartado anterior, la Ley Especial de Barcelona no debe contener una nueva regulación completa de los bienes del Ayuntamiento de Barcelona, limitándose a introducir algunas modificaciones o novedades derivadas de la propia peculiaridad de un gran Ayuntamiento. No obstante, y por tratarse de Ley estatal puede aprovecharse para aclarar algunos aspectos poco precisos de la legislación vigente, si bien la Ley catalana 8/1987 de 15 de abril, artículos 183 y siguientes y el futuro Reglamento de Bienes de dicha Ley, constituirán un bloque normativo de referencia muy completo.

Según este criterio, la definición de los tipos de bienes (dominio público o patrimoniales), los tipos de afectación y desafectación, alteración de la calificación, adquisición y enajenación, utilización, conservación y protección, son temas que deben remitirse a la LBRL, Ley catalana 8/1987 y su Reglamento de bienes.

La Ley 8/1987 ha aclarado algunos aspectos confusos, como la diferencia entre bienes de uso de servicio público (artículo 185), así como la posibilidad o no de acudir a la autorización en casos de uso privativo, permitiendo esta posibilidad (artículo 202, núm. 4), de acuerdo con la opinión de la doctrina al respecto (SÁNCHEZ DÍAZ).

La normativa vigente, o de próxima aprobación (caso Reglamento de Bienes de la Ley Municipal y de Régimen local de Cataluña), contiene ya la regulación necesaria para dar res-

puesta a los grandes temas de los bienes del Ayuntamiento de Barcelona. No sólo un principio de economía legislativa, sino también el criterio de tender hacia la mayor homogeneidad posible, aconsejaría no abrir un nuevo frente normativo.

No obstante, puede aprovecharse la promulgación de una nueva Ley para precisar algún punto oscuro o resolver conflictos que se han detectado en la práctica. En este sentido, y a modo de ejemplo, podría precisarse la naturaleza del acto concesional así como el régimen de los bienes de servicio público, pues la remisión al Reglamento de Servicios no resuelve todos los problemas.

También el posible tratamiento de bienes privados afectados a un servicio. Así mismo, la concepción del dominio público como un instrumento para los fines exigidos a la Administración exigirá insistir en las técnicas de conservación y en los mecanismos para conseguir el máximo rendimiento, para los intereses generales, de estos bienes.

A estos temas, y a otros aspectos más vinculados a la peculiaridad del Ayuntamiento de Barcelona, debería referirse la Ley Especial. Veamos a continuación cuales son estos temas.

IV. ASPECTOS ORGANIZATIVOS

El tratamiento homogéneo de los bienes públicos permite el trato diferenciado cuando se toma en consideración la peculiaridad de un gran municipio y se tiene en cuenta su propia organización. Es por ello que en esta materia, régimen de bienes y organización administrativa, deben situarse las innovaciones más destacadas.

1. Titularidad y adscripción

La existencia de una importante Administración funcional en el Ayuntamiento de Barcelona exige precisar que la titularidad de los bienes corresponde al Municipio, si bien es posible la adscripción de bienes a Entes funcionales. También, si bien es tema diverso, podría añadirse que la afectación de un bien a la actividad de un Ente funcional permite calificarlo como de servicio público.

La adscripción debe regularse como simple técnica que permite asignar unos determinados bienes a un Organismo Autónomo, sin modificar la condición jurídica del bien y sin implicar transmisión de titularidad, sino simplemente puesta a disposición.

la Ley Especial podría precisar que en todo caso, sean bienes de dominio público o patrimoniales, estos pertenecen al Municipio, determinando a continuación con precisión qué facultades de gestión y administración corresponde a aquél y cuáles a los Entes funcionales. (Sobre la no propiedad de los bienes patrimoniales a Entes funcionales, vid. ARIÑO y JIMÉNEZ DE CISNEROS). Mantener la unidad patrimonial parece una medida de prudencia aconsejable.

2. Descentralización

La organización municipal descentralizada afectará a las competencias en materia de bienes públicos. Si bien el Reglamento de Descentralización puede ocuparse de esta cuestión (el actual Reglamento le dedica poca atención, salvo alguna referencia en el artículo 5), la Ley Especial debe ocuparse de los puntos fundamentales.

Las competencias relativas a adquisición, enajenación, cesión o cambio de naturaleza debe reservarse a nivel central, así como la existencia de un Registro y las facultades de recuperación y responsabilidad de terceros. Por el contrario, los aspectos relativos a usos pueden descentralizarse en los Consejos de Distrito, si bien también en este punto pueden hacerse algunas distinciones. La utilización de los bienes puede aconsejar, y sobre esto volveré más adelante, la elaboración de planes que traten de sacar el mayor rendimiento posible de los bienes para fines de interés general. Estos planes, que podrían ser elaborados por el Distrito, deberían ser aprobados por la Comisión o el Pleno Municipal. De acuerdo con estos Planes, o sin la existencia de los mismos, las concesiones a licencias de utilización de bienes de uso público podrían otorgarse por los Distritos, los cuales asumirían también la vigilancia de la utilización que se hiciera de esta concesión o autorización (concebidas, por tanto, como autorizaciones operativas).

Tal vez una solución diversa debería darse a los supuestos de concesión de bienes de servicio público.

El uso de este bien, que se regulará por las reglas propias del Reglamento de Servicios, debería reservarse a los órganos centrales cuando fuera un servicio que afectara a todo el Municipio, a pesar de estar enclavado en un Distrito. Podría descentralizarse la administración de servicios claramente vinculados a un Distrito, aunque no sería fácil establecer esta diferenciación. Como ejemplo aproximativo, pueden mencionarse el Cementerio y un Mercado municipal. Las concesiones de uso del primero deben corresponder a órganos centrales, las de los segundos podrían llevarse a nivel de Distrito (aunque tal vez ni siquiera este supuesto).

3. Organización central

La distribución competencial con los Distritos no debe ocultar la necesidad de proceder también a una clara asignación competencial a nivel de órganos centrales. La estructura Municipal, definida en el artículo 20 de la LBRL en base al Alcalde, Tenientes de Alcalde, Pleno y Comisión de Gobierno, puede quedar alterada por la Ley Especial y, por tanto, será en base a esta hipotética nueva estructura que deberán asignarse las competencias en materia de bienes. Sin perjuicio de esta inevitable remisión al futuro, pueden apuntarse algunas cuestiones que deberían tenerse en cuenta. Así, de acuerdo con el actual artículo 22 de la LBRL la alteración de la calificación jurídica de los bienes así como la enajenación, gravamen o cesión del patrimonio deberían ser competencias reservadas al Pleno, lo mismo que la adscripción de bienes a Entes funcionales. En algún supuesto, como en el caso de desafectación de bienes, pueden exigirse mayorías reforzadas.

Dentro de la organización central un único servicio debe asumir todas las tareas relativas a la Administración y tutela de los bienes, dándole un puesto de importancia dentro de la estructura organizativa que en su día se adopte. Sin perjuicio de la adscripción de bienes y de la descentralización competencial a los Distritos, es evidente que existirá un único registro.

4. Intervención de la Administración autonómica

La Ley catalana 8/1987 de 15 de abril contiene en materia de bienes, diversas intervenciones de la Administración auto-

nómica sobre la local (artículos 190, 193, 194). Si bien nada se opone a la constitucionalidad de esta intervención de carácter procedimental, a través de informes preceptivos no vinculantes que en su caso sólo fuerzan a una mayoría reforzada, parece aconsejable prescindir de los mismos por razones de mayor celeridad procedimental. La razón de introducir el informe como garantía de acierto en la resolución municipal y como posible vía de control interno, desaparece en buena medida cuando quien adopta la resolución es un gran municipio, que posee los medios técnicos que aseguran el acierto así como los mecanismos de control interno. Por ello, en la búsqueda del equilibrio entre un procedimiento más rápido y las garantías de un recto proceder administrativo, puede aconsejarse la supresión de los informes preceptivos de la Administración Superior.

V. UTILIZACIÓN DE LOS BIENES

El régimen de utilización de los bienes, si bien puede remitirse en buena medida a las Ordenanzas municipales, podría ser regulado en parte en la Ley Especial.

1. Proyectos de zona del dominio público

La Ley Especial podría disponer, con carácter general, que para el otorgamiento de licencias o concesiones de utilización de bienes de uso público fuera requisito indispensable la previa aprobación de un Plan o Proyecto de zona, que debería tener como ámbito territorial máximo el Distrito. Dicho Plan permitiría racionalizar el uso del dominio público, distribuyendo sobre el mismo de forma armónica los diversos usos posibles. Luego, el otorgamiento de la licencia o concesión sería un acto menos discrecional. Y esta discrecionalidad se habría reducido a través de la elaboración de un Plan en el que debería favorecerse la mayor participación ciudadana posible.

Creo necesario llamar la atención sobre los criterios rectores que deberían presidir la redacción de estos Planes o Proyectos, y que tal vez fuera bueno explicitar en la Ley Especial. La razón última es distribuir los diversos tipos de uso posible sobre el Territorio, pero no utilizar la titularidad del dominio público para regular y menos limitar el libre ejercicio de actividades privadas. Lo contrario po-

dría ser interpretado como un supuesto de desviación de poder. Debe tenerse en cuenta el principio constitucional de libertad de empresa, que los poderes públicos garantizan y protegen. Por tanto, si bien por razones de un racional uso del dominio público el Plan o Proyecto puede imponer limitaciones a las actividades privadas, dichas limitaciones deberán ser razonables y proporcionadas a dicho fin. Ordenar el comercio o la publicidad, por poner dos ejemplos, dependerá de otras disposiciones, sin que el Municipio trate de asumir la competencia de ordenación de estas actividades en base a su competencia de ordenación del dominio público (desviación del poder). Esto no quiere decir que no pueden ponerse límites a estas actividades pero, repito, en función de un uso racional de los bienes demaniales.

2. Bienes afectos a un servicio público.

Posición del concesionario

Tradicionalmente la regulación del uso de los bienes afectos a un servicio público se remite a la regulación sobre servicios de los Entes locales, y así se hace también en la Ley catalana 8/1987 (artículo 201). Las reglas del servicio priman sobre las del dominio y en consecuencia se afirma que el usuario lo es del servicio y no del bien. Siendo ello correcto, sin embargo tal vez debiera en algunos supuestos prestarse mayor atención a la situación del concesionario del servicio público, cuando lleva a cabo su actividad merced a un bien de dominio público. El concesionario de un puesto de venta en un mercado presta un servicio público, pero de hecho recibe también una concesión de uso privativo y así como la reglamentación del servicio se ocupará de que se logren los fines propios del servicio, la normativa de bienes debería ocuparse de garantizar su uso correcto y conservación. No se trata tanto de establecer que la normativa de patrimonio es supletoria de la de servicio, cuanto de introducir alguna regla complementaria en materia de servicios cuando éstos se prestan con bienes de dominio público.

3. Bienes afectos a un servicio público. Arrendamiento

Un problema distinto del anterior es el relativo a la posible utilización de bienes afectos a un servicio público para fines diversos, que pretenden esencialmente conseguir unos ingresos o prestar un servicio complementario. Así, por

ejemplo, el bar de un Museo o una Estación. Ciertamente en estos casos se produce de hecho una «desafectación parcial» del bien, que destinado a Museo o Estación, permite que una porción se preste una actividad diversa.

El aspecto conflictivo es determinar la fórmula jurídica para regular esta actividad privada en un bien afecto a servicio público. No se trata de conceder un servicio público, pero tradicionalmente se equipara a uso privativo de un bien de dominio público. De esta forma, se recurre al régimen de utilización de bienes de uso público para referirse a un bien de servicio público, lo cual no deja de comportar contradicciones y el recurso a una figura que no responde a las necesidades. Por ello, la Ley Especial debería referirse a este tipo de situaciones y determinar que en estos supuestos procede acudir a un contrato de arrendamiento. Se trata de utilizar un bien que, de hecho, en esta porción que se arrienda, no está afecto a un servicio y, por tanto, es patrimonial. Se deberá acudir al régimen de utilización de los bienes patrimoniales, cuyas notas generales se contienen, por ejemplo, en el artículo 203 de la Ley catalana 8/1987 «los bienes patrimoniales serán administrados de conformidad con los criterios de máxima rentabilidad, en las condiciones usuales de la práctica civil y mercantil.

El arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales se hará por medio de subasta pública, o excepcionalmente, por concurso».

VI. PROTECCIÓN

El tratamiento jurídico del dominio público debe cerrarse con las reglas relativas a la protección del mismo, de manera que se garantice no sólo la «propiedad» de la Administración sino también el buen estado de estos bienes, que los mantenga en condiciones de una prestación eficaz de los servicios y de un uso satisfactorio para los Administrados.

1. Recuperación y desahucio de los ocupantes

El negociado de Administración de bienes del Ayuntamiento de Barcelona ha presentado una serie de propuestas en relación a la futura Carta Municipal de Barcelona. Entre ellas se menciona el problema de la recuperación de bienes, poniendo

de relieve determinadas contradicciones en el RBCL del 13 de junio de 1986 que podrían llevar a reconocer al ocupante del bien un plazo de cinco meses para su abandono. La confusión aparece en el Título II del Reglamento que se ocupa del desahucio administrativo, pues no se diferencian las posibles causas del desahucio (artículo 126,5 y 130,1). Evidentemente ello comporta un trato beneficioso para los infractores, y perjudica a los intereses generales. Quien ocupe sin título un bien de la Administración debe poder ser expulsado de inmediato, siempre que la Administración actúe con competencia y dentro del procedimiento establecido.

La Ley catalana 8/1987 no se plantea este tema, si bien reconoce a la Administración Municipal «la plena capacidad para ejercer todo tipo de acciones y recursos en defensa de sus derechos y patrimonio», atribuyendo más adelante la competencia al Pleno o al Presidente (artículos 211 y 213).

El problema podría resolverse en el Reglamento de bienes que apruebe el Consell Executiu, pero sin embargo podría también recogerse en la Ley Especial el principio general de la recuperación inmediata de los bienes ocupados sin título jurídico válido.

Mención especial debe hacerse a los supuestos en los que el bien de la Administración ocupado constituyera el dominio de una persona. En este caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución y de la amplia interpretación dada a este precepto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 17 de febrero de 1984, la intervención administrativa requeriría la autorización judicial cuando se pretendiera llevar a cabo la entrada en dicho domicilio.

2. Responsabilidad por daños causados a los bienes públicos

La necesidad de llevar al texto de la Ley Especial una breve regulación sobre la responsabilidad por daños causados a los bienes públicos exige exponer la situación actual de esta temática, y la necesidad de clarificarla y replantear sus postulados tradicionales.

La idea inicial es la ya expuesta en este trabajo en torno a la necesaria superación de la visión exclusivamente «propietarista» del dominio público. La integridad de los bienes de la Administración no debe entenderse exclusivamente como

la necesidad de situarlos fuera del comercio, evitar su desaparición, sino que también importa mantener su capacidad para cumplir el destino a que están afectados. Junto a las medidas preventivas y represivas deben añadirse las reparadoras.

Tradicionalmente, sin embargo, la respuesta a los daños causados a los bienes públicos no ha sido la sanción administrativa. La sanción cumplía así su doble fin, intimidatorio y de respuesta individual al sujeto infractor.

Al margen de la denuncia que debe hacerse a la poca entidad de las sanciones, lo que interesa ahora destacar es que la sanción no cubre otro fin público, que es conseguir la reparación del daño causado.

Ante esta situación, el ordenamiento permite soluciones diversas. La Administración puede pedir responsabilidad como un sujeto privado frente a un particular por los daños causados en sus bienes (artículo 1902 Código Civil y diversas Sentencias de la Sala I. del Tribunal Supremo avalan esta posibilidad). También cabe acudir a la responsabilidad civil nacida de un ilícito penal (delito de daños, artículo 557 del Código Penal, con un tipo cualificado en el 558,6).

Frente a estos procesos, que suponen la necesaria intervención judicial, la Administración trata de actuar por sus propios medios, recurriendo a la situación de autotutela. La solución más fácil será incluir la responsabilidad dentro de la Sanción. La cuantía de ésta se fija en función del daño causado, de manera que al fijar la Sanción la Administración trata de resarcirse de los daños que se le han causado.

Esta solución presenta notables dudas acerca de su corrección jurídica, principalmente por la falta de tipificación de la sanción que comporta y por confundir dos potestades diversas: la sancionadora y la resarcitoria.

El tratamiento dado a esta cuestión por el ordenamiento general más reciente ha evolucionado, pero sin llegar a clarificar totalmente el problema.

Como ejemplo de esta confusión puede citarse el artículo 217 de la Ley catalana 8/1987:

«Los particulares que por fraude o negligencia causen daños en el dominio público de los Entes locales o efec-

túen actos de ocupación serán sancionados con multa, cuyo importe podrá establecerse entre el valor y el doble valor del perjuicio causado o de lo usurpado, sin perjuicio de estar obligados a reparar los daños y perjuicios y a restituir lo que hubieran sustraído.

Las responsabilidades a que se refieren los apartados 1 y 2 serán sustanciadas y ejecutadas por vía administrativa».

Puede comprobarse como se mantiene la vinculación entre sanción y responsabilidad, para a continuación imponer la obligación de responder. El artículo 217 deja claro que la ejecución de la sanción y la responsabilidad corresponde a la Administración.

Por su parte, el artículo 209 del TRRL local vincula el resarcimiento de los daños a bienes públicos a la fijación de tasas, que pueden establecerse precisamente en previsión de los daños que se causarán a los bienes pero que no excluyen la responsabilidad. El artículo 80,7 del RBCL contempla la posibilidad de un canon que compense a la Administración.

Como se comprueba, existe aún una notable imprecisión en el tratamiento de un problema que puede desdoblarse en dos cuestiones: fijar con precisión la obligación que surge para todo particular u otra Administración de indemnizar a la titular de bienes públicos por los daños causados a los mismos, y determinar a través de qué vía se hace efectiva esta indemnización. En definitiva, dar una respuesta concreta a un problema que ha preocupado a la doctrina y sobre el que la jurisprudencia se ha pronunciado de forma vacilante (RODRÍGUEZ SABUGO).

La futura Ley Especial debería por tanto diferenciar la infracción administrativa del deber de indemnizar, sin crear una responsabilidad civil «ex delicto administrativo». Por el contrario, el deber de resarcimiento será imputado al autor del daño por la mera relación de causalidad material y únicamente cabrá exonerarse del mismo por causa de fuerza mayor. Abundando algo más en este tema, la Ley podría diferenciar supuestos especiales, como los daños causados por un funcionario público, la responsabilidad exigible a otra Administración o a concesionarios y contratistas.

Junto al tratamiento de estas cuestiones, la Ley deberá determinar el procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad, imponiendo sin duda alguna, la vía administrativa. Como se ha dicho (FONT) «en el campo del dominio público local la atribución expresa del poder administrativo de resarcimiento de daños y perjuicios se encuentra circunscrita a los supuestos en que los daños deriven de aprovechamientos especiales o privativos, a parte de aquellos casos en que resulte aplicable otra normativa sectorial que sí la prevea, como por ejemplo, la legislación de carreteras. Ocurre, entonces, que se produce una curiosa situación en la cual determinados bienes públicos, especialmente los afectados a un servicio público, no gozan en principio del mismo mecanismo de protección de su integridad material que los demás bienes demaniales; o bien que los daños derivados de un determinado tipo de utilización del dominio público son resarcibles por unas vías que no cabría aplicar a los daños producidos al margen de esos aprovechamientos. En definitiva, a la heterogeneidad del sistema material de responsabilidad por daños al dominio público se añadiría ahora una diversidad de regímenes sobre la potestad administrativa de resarcimiento de tales daños».

3. Registro e Inventario

La protección del patrimonio público debe lograrse también a través de un correcto uso de los instrumentos registrales. La Ley Especial puede insistir en lo dispuesto actualmente por el artículo 36 del RBCL, añadiendo, como se ha dicho, que «el precepte transcrit només fa referència, tal com s'ha pretès, a la immatriculació d'un bé que no figurés al Registre de Propietat (article 206 de la Llei Hipotecària i 303 del seu Reglament), sinó a qualsevol tipus d'inscripció (representa del tracte successiu ininterromput excés de cabuda o pura alineació per document administratiu del titular registrat). (LLISET).

Por otra parte diversos temas relacionados con el Inventario (que debe mantenerse como servicio central) podrían ser también desarrollados. Así, lo que afecta a su formación o valoración de bienes y derechos. El artículo 27 del RBCL aparece en este sentido como algo desfasado en relación a un gran Ayuntamiento, si se tiene en cuenta el importante activo que posee dicho Ayuntamiento en maquinaria e instalaciones industriales.

BIBLIOGRAFÍA

(Relación de textos según el orden en que aparecen citados en el trabajo).

GALLEGO/MENÉNDEZ/DÍEZ - El derecho de aguas en España. Madrid 1986.

GARCÍA DE ENTERRIA (Cátedra) - Apuntes de Derecho Administrativo, 2o. Universidad Complutense. Facultad de Derecho 1981/1982.

GARRIDO FALLA - Tratado de Derecho Administrativo, vol. II, Madrid 1987, pág. 348 y siguientes.

VILLAR PALASI - La intervención administrativa en la industria. Madrid 1964.

PAREJO GAMIR/RODRÍGUEZ OLIVER - Lecciones de dominio público. Madrid 1976.

PAREJO ALFONSO - Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general. RAP 100-102, 1983.

GARCÍA TREVIJANO - Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español. RAP 29, 1959.

GONZÁLEZ BEREGUER - Sobre la crisis del concepto de dominio público. RAP 56, 1968.

FONT LLOVET - La responsabilidad por daños al dominio público. Edición mecanografiada. Barcelona 1986.

SÁINZ MORENO - Artículo 132. Dominio público, Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional en Vol. col. «Comentarios a leyes políticas. Constitución española de 1978» Tomo X, Madrid 1985.

MUÑOZ MACHADO - Posibilidad y requisitos de una Ley Especial para el Ayuntamiento de Barcelona. En Carta Municipal, Estatut d'Autonomia i Constitució. Barcelona 1987.

SÁNCHEZ DÍAZ - La concesión en el régimen de utilización de los bienes de dominio público de las Corporaciones locales REVL núm. 184, 1974.

ARIÑO - La Administración institucional (Bases de su régimen jurídico). Mito y realidad de las personas jurídicas del Estado. Madrid 1972, pág. 369.

JIMÉNEZ DE CISNEROS - Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español. Tipología y régimen jurídico. Madrid 1987, pág. 264.

RODRÍGUEZ SABUGO - Los daños causados por terceros en bienes públicos de las entidades locales. REVL, núm. 195, 1977.

LLISET - Manual de Dret local. Barcelona 1986, pág. 350.

INFORME RELATIVO AL TRATAMIENTO
Diciembre, 1987
DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
EN UN FUTURO ANTEPROYECTO DE LEY
DE RÉGIMEN ESPECIAL DEL MUNICIPIO
DE BARCELONA

Joaquim TORRES I MAS

ARIÑO - La administración institucional (Bases de la Administración Institucional). Mito y realidad de las personas jurídicas (jurídicas). Madrid: pag. 113-114. 1982.

LIMÓN DE CIBEROS - Los Organismos Autónomos en el Derecho Administrativo. Madrid: pag. 113-114. 1982.

RODRÍGUEZ VARELA - Las figuras jurídicas de los organismos autónomos. Madrid: pag. 113-114. 1982.

LLIBRE - Manual de Derecho Local. Barcelona 1982. pag. 113-114.

VILLALBA RALLI - La Administración Institucional. Madrid: 1982.

BARCELÓ GARCÍA/RODRÍGUEZ VARELA - Los Organismos Autónomos. Madrid: 1976.

PEREZ ALFONSO - Dominio público. Madrid: 1982. pag. 100-102.

BARCELÓ GARCÍA - Titularidad y dedicación. Madrid: 1982. pag. 28.

PEREZ ALFONSO - Sobre la noción de dominio público. Madrid: 1982. pag. 36.

PEREZ ALFONSO - La responsabilidad por daños por las Administraciones Públicas. Madrid: 1982.

PEREZ ALFONSO - Artículo 132. Dominio público. Patrimonio del Estado y Patrimonio Nacional en Vol. 1. Comentarios y leyes políticas. Constitución Española de 1978. Tomo X. Madrid: 1982.

PEREZ ALFONSO - Feasibilidad y requisitos de una Ley Especial para el Ayuntamiento de Barcelona. En Carta Municipal. Vol. 1. Ayuntamiento de Barcelona. Barcelona: 1982.

PEREZ ALFONSO - La concesión de dominio público. Madrid: 1982. pag. 113-114.

1. PLANTEAMIENTO DEL INFORME

El informe que se me ha solicitado se inscribe dentro del proceso de elaboración de una nueva ley sobre el régimen especial del Municipio de Barcelona, proceso que se encuentra en sus inicios. La materia concreta sobre la que debe

INFORME RELATIVO AL TRATAMIENTO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN UN FUTURO ANTEPROYECTO DE LEY DE RÉGIMEN ESPECIAL DEL MUNICIPIO DE BARCELONA

Joaquim TORNOS i MAS

La idea, por tanto, es que el estudio que se solicita debe ser un breve repaso sobre aquellos aspectos relativos a la contratación administrativa en una gran ciudad como Barcelona que precisen alguna reforma que pueda introducirse en la nueva ley sobre el régimen especial. Destacar estos aspectos novedosos que podrían introducirse en la nueva ley, valorando sus aspectos positivos, es el contenido del presente informe y lo que explica la ausencia de una fundamentación jurídica-económica del contrato administrativo en esta esfera local, tema que se considera conocido y sobre el que se articulan las novedades a introducir.

Este planteamiento tiene unos límites. Por lo tanto el ámbito competencial que se relaciona a una ley sobre el régimen especial de un gran municipio en un caso como el que se trata, no sólo reserva en sus aspectos básicos al legislador estatal sino que se trata de cuestiones relacionadas al mismo

INFORME RELATIVO AL TRATAMIENTO
DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
EN UN FUTURO ANTEPROYECTO DE LEY
DE RÉGIMEN ESPECIAL DEL MUNICIPIO
DE BARCELONA

José María TORRES I MATA

I. PLANTEAMIENTO DEL INFORME

El informe que se me ha solicitado se inscribe dentro del proceso de elaboración de una nueva ley sobre el régimen especial del Municipio de Barcelona, proceso que se encuentra en sus inicios. La materia concreta sobre la que debe versar es la relativa a la contratación administrativa.

Este punto de partida exige hacer unas precisiones iniciales sobre el contenido que me parece oportuno dar a este trabajo, sus límites y su estructura.

En cuanto al contenido, entiendo que el Informe solicitado no requiere un estudio jurídico-dogmático sobre la problemática actual de la contratación local. Traer a este informe los problemas sobre la naturaleza del contrato administrativo, su distinción de figuras afines, los elementos subjetivos y objetivos, los elementos reglados y contractuales en la contratación, la forma y los principios que inspiran la contratación local... hasta llegar a la extinción del contrato, carece de sentido. Son temas, además, que están ya tratados en otros lugares.

Mi idea, por tanto, es que el estudio que se solicita debe ser un breve repaso sobre aquellos aspectos relativos a la contratación administrativa en una gran ciudad como Barcelona que precisan alguna reforma que puede introducirse en la nueva ley sobre el régimen especial. Destacar estos aspectos novedosos que podrían introducirse en la nueva ley, valorando sus aspectos positivos, es el contenido que persigue este Informe y lo que explica la ausencia de una exposición jurídico-dogmática del contrato administrativo en la esfera local, tema que se considera conocido y sobre el que se articulan las novedades a introducir.

Este planteamiento tiene unos límites. Por un lado el ámbito competencial que se reconocerá a una ley sobre el régimen especial de un gran municipio en un tema como la contratación, no sólo reservado en sus aspectos básicos al legislador estatal sino que ha visto producirse en relación al mismo

un rápido proceso de homogeneización. Por otro lado, determinadas cuestiones que afectan a la mejora de la contratación administrativa no dependen de una reforma normativa. Como dijera recientemente ARIÑO (La reforma de la Ley de Contratos del Estado, Madrid 1984), donde mucho se debe mejorar es en la gestión administrativa contractual. Esta mejora en la gestión administrativa va más allá de las propuestas concretas que puedan hacerse en materia de contratación, pero se relacionan directamente con el proceso iniciado de elaboración de una nueva ley especial. En la medida que el nuevo texto articule una Administración más eficaz, se solucionarán muchos de los problemas que aparecen en el momento de la contratación. También hay temas que sí precisan una reforma normativa que incidirá en materia de contratación, pero entiendo que no pueden ser tratados en este Informe. Así, por poner un ejemplo, la necesaria modernización sobre ordenación del gasto público y agilización de la tramitación para expedición y pago de las obligaciones administrativas, en este caso las que tienen su origen en un contrato. O el problema de la imperiosa actuación a través de ejercicios presupuestarios, que si bien tiene resquicios en tema de contratación aún es en exceso rígido.

Teniendo en cuenta el contenido y los límites, el Informe se plantea en cuatro grandes apartados. En primer lugar se trata de destacar la importancia de una acertada regulación del tema de la contratación y los principios que informan esta materia. En segundo lugar se delimita, sin ahondar en la cuestión, el marco normativo, para dibujar a grandes trazos el posible contenido de los preceptos a introducir en la futura ley. En tercer lugar se enumeran los temas que deberían tratarse en la futura norma y, por último, se apuntan algunas medidas o reglas de conducta que debería impulsar la Administración para dar un contenido real y efectivo a la reforma. De los cuatro apartados el de mayor importancia es, sin duda alguna, el tercero.

II. IMPORTANCIA DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El tratamiento, tanto a nivel normativo como de gestión administrativa, de la contratación administrativa, posee una importancia destacada si se tiene en cuenta que a través de esta vía se canaliza una parte importante de la inversión pública y se pueden conseguir, sin la imposición que comporta el acto unilateral, la prestación de los servicios que

reclaman los ciudadanos de sus representantes. Mejorar las técnicas de contratación ayuda a optimizar el uso de unos recursos públicos siempre escasos y acelerar la respuesta de la Administración a las demandas sociales.

La importancia de la contratación local se refuerza por dos motivos. Por un lado, debe tenerse en cuenta que la Administración evoluciona hacia un ente de gestión al que el ciudadano exige eficacia y eficiencia (sin olvidar el respeto a la legalidad) y que la Administración municipal es esencialmente Administración prestacional.

Por otro lado, este tipo de actividad reclama acudir a módulos convencionales de actuación y en particular al contrato, como medio a través del cual alcanzar los fines públicos sin imponerlos.

La importancia actual del contrato administrativo no le ha hecho perder sus principios inspirados. Así, deberá tratar de conseguir un fin de interés público respetando la regla básica de la autovinculación de las partes, rompiéndose la posición de igualdad de contratista y contratante a favor de la Administración por los fines que debe perseguir, ruptura de la igualdad que no debe afectar, sin embargo, a la equivalencia de las prestaciones.

III. EL MARCO NORMATIVO

Si bien no se trata en este informe de llevar a cabo un estudio en profundidad del reparto competencial en materia de contratación administrativa, parece imprescindible apuntar las líneas generales de dicho reparto para delimitar en sus rasgos fundamentales el ámbito competencial de la Carta de Barcelona. Como ya he apuntado el objeto esencial de este Informe es apuntar algunas novedades a introducir en la futura Carta en materia de contratación, por lo que es necesario acotar este ámbito competencial.

En este sentido, debe señalarse que si bien la autonomía municipal en el momento de redactar la Carta Municipal debe suponer una amplia libertad en materia organizativa, dicha libertad quedará mucho más condicionada en materia de medios de actuación y, concretamente, en la regulación de la contratación administrativa.

Además, no debe olvidarse el proceso de creciente homogeneización en materia de contratación, que ha llevado en las últimas reformas de la Administración local a equiparar la legislación local con la estatal. Este proceso de homogeneización se refuerza con los siguientes datos:

a) La Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas (art. 149.1.18 CE). La Ley de Bases de Régimen Local de 1985, en su artículo 5.c determina que la contratación administrativa se regulará de acuerdo con el siguiente criterio:

Por la legislación del Estado y, en su caso, la de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución.

Por las Ordenanzas de cada Entidad.

b) La normativa comunitaria comporta también un claro proceso de homogeneización, al imponerse un ordenamiento supraestatal. Este fenómeno se ha concretado ya a través del R.D. Legislativo 931/1986 de 2 de mayo y el R.D. 2528/1986 de 28 de noviembre. Sendas disposiciones finales declaran el contenido de estas normas como básico, aplicable a las entidades locales, sin perjuicio, por otra parte, del carácter básico que pueda ostentar la legislación estatal de contratos.

En definitiva, pues, y sin perjuicio de que la Carta Municipal de Barcelona aprobada por ley pudiera incidir en el reparto competencial tal y como está establecido, parece evidente que no es lógico pensar que a través de la misma se pueda aprobar una nueva normativa en materia de contratación administrativa, pues la tendencia general es a imponer un modelo único. Los principios generales estarán en la ley estatal de contratación y en la legislación de régimen local tanto estatal (Ley de Bases, Decreto-legislativo, falta precisamente un Reglamento de Contratación nuevo que sustituya al de 1953) como autonómica (la reciente Ley Municipal y de régimen local de Cataluña se refiere al tema, en los artículos 256 y siguientes). No parece lógico pensar, en cambio, en una ley autonómica de contratación (salvo modalidades organizativas y procedimentales) o en un nuevo Reglamento de contratación local.

Lo dicho, pues, supone reconducir el tratamiento de la contratación administrativa a los aspectos organizativos y procedimentales, pero sin alterar los principios básicos de la misma, que se respetan. La modificación de aspectos organizativos y procedimentales son los que, por otra parte, incidirán de forma más directa en la mayor eficiencia y eficacia de la contratación, objetivo último de las innovaciones normativas a introducir en la nueva Carta de Barcelona.

IV. PROPUESTA DE TEMAS A TRATAR EN LA NUEVA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA

De acuerdo con lo dicho en el apartado anterior procede ya entrar en el contenido de los temas que deberían estar regulados en la nueva Carta Municipal.

1. Clasificación de los tipos de contrato

Sin perjuicio de mantener la tipología de la ley de contratos estatal, reproducida a su vez en la legislación local, podría aprovecharse la ocasión para contemplar alguno de los supuestos en que se da un mayor volumen de contratación por la Administración sin que exista una definición clara de la naturaleza del contrato celebrado.

a) Un tema especialmente conflictivo es el que hace referencia a los actos unilaterales y contratos relativos al uso de bienes municipales. Los principales puntos de conflicto surgen en torno a la naturaleza de los actos de disposición de estos bienes, demaniales o privativos, por parte del ente municipal. A mi juicio sería conveniente clarificar la naturaleza de estos actos, sin entrar tampoco en un debate dogmático profundo sobre la solución adoptada. Es decir, entiendo que carece de sentido abrir un debate sobre la naturaleza unilateral o bilateral de la concesión, o sobre el carácter o no administrativo de un contrato de uso de bien patrimonial. Lo importante es dar una respuesta coherente y simple a nivel normativo.

De acuerdo con lo dicho la Carta Municipal podría adoptar el siguiente criterio:

- Son Contratos administrativos todos los celebrados por la Administración Municipal para la disposición o utilización

de sus bienes patrimoniales. Se evita así el discernir si el contrato está o no dentro del «giro o tráfico» propio de la Administración, calificándose de administrativo en la medida que la utilización de un bien de la Administración implica siempre existencia de un interés público. Cuando se tratara de la «explotación» de bien patrimonial debería seleccionarse el contratista mediante concurso, de manera que las ofertas determinaran el modo de explotación más rentable.

La legislación vigente ya se refería a estos contratos (art. 75 RBCL, art. 82 del Decret de 14 de juliol de 1983 de la Generalitat, y art. 198 de la reciente Llei Municipal i de Règim Local), pero parece conveniente precisar en un texto sobre contratación que estamos ante contratos administrativos, determinando a su vez la fórmula ordinaria de selección del contratista.

- Son actos administrativos, y por tanto deben excluirse del ámbito de la contratación, los actos de utilización de los bienes demaniales, ya sean de uso o servicio público. En estos supuestos debería quedar claro que estamos ante actos unilaterales, con carga modal si se quiere, pero no ante contratos. El que deba recurrirse a la normativa contractual para garantizarse la transparencia en la fase de selección debe entenderse que es un recurso instrumental, pero no convierte el acto unilateral en contrato. Por tanto, el otorgamiento de la concesión para uso privativo de bien demanial será configurado como acto unilateral, debiendo excluirse expresamente de la normativa de contratos.

En la actualidad el artículo 62.2 del RBCL se refiere al otorgamiento de concesión «previa licitación» con arreglo al Reglamento de contratación, y en sentido parecido el Decreto de 14 de julio de 1983 (arts. 71 a 81). Por ello, al abordar el tema de la contratación sería aconsejable precisar que el acto concesional no se incluye en la contratación administrativa.

b) Otro tema que debería resolverse al determinar los tipos de contrato que celebra la Administración es el relativo a la creciente utilización de la figura del Convenio.

Las nuevas funciones que se exigen a la Administración le llevan a recurrir crecientemente a lo que la doctrina ha denominado «módulos convencionales», frente al acto unilateral. Esto supone que la Administración recurra a una va-

riedad de negocios bilaterales que se califican de Convenio, sin que se conozca con precisión su naturaleza y sus efectos. Por esta razón, debería definirse esta figura, no como contrato, pero sí como un género especial que supone un cierto grado de vinculación de la Administración que lo ha firmado, como mínimo frente al sujeto que participa en el Convenio. (Otra cosa es que el Convenio pueda servir para declarar la validez de actos posteriores). En todo caso el Convenio debería aparecer regulado como mecanismo de actuación administrativa, situándolo junto al contrato en la medida que supone una técnica convencional y no un acto unilateral.

En este sentido debe destacarse el Decreto de la Alcaldía de Barcelona de 2 de junio de 1986 (G.M. 10-IX-1986) en el que se contenía la «Normativa reguladora dels Expedients preparatoris dels convenis administratius atorgats per l'Ajuntament amb altres entitats». La Carta Municipal debería referirse en el apartado relativo a contratación a los Convenios como técnica de actuación en relación a personas o entidades privadas, sin perjuicio de alguna alusión al Convenio como forma de relación inter-administrativa, tema regulado en el Decret citado.

c) Aunque este último punto ya está en gran medida resuelto por la normativa vigente en materia de contratación local, tal vez sería oportuna una referencia expresa a la contratación de trabajos específicos y concretos, no habituales en la Administración local (RD 2357/1985, 20 noviembre).

2. Organización de la contratación

Como ya he dicho, uno de los aspectos en los que la nueva Carta debería incidir con mayor profundidad es el relativo a las competencias en materia de contratación administrativa, concretando para el caso de Barcelona la referencia genérica que sobre el tema hacen el artículo 88.1 de la LBRL y artículo 259 de la Llei Municipal i de Règim Local.

Las propuestas que al respecto podamos hacer en este momento son, sin embargo, limitadas, en la medida que la Carta deberá a su vez definir la estructura organizativa del Ayuntamiento.

No obstante, sí pueden avanzarse algunos criterios básicos al respecto.

Un punto que juzgo de gran importancia es mantener un prudente equilibrio entre la centralización y la descentralización (referido este proceso a puntos de distrito) y entre la concentración y desconcentración (relaciones entre órganos). Quiero señalar que si bien las competencias de ejecución de los contratos deberían someterse a un proceso de descentralización y desconcentración, las competencias relativas a la elaboración y formalización del contrato deberían mantenerse en gran medida centralizadas, pues la centralización supondrá en estos casos una economía de recursos y una mayor calidad en el proceso de elaboración del contrato (lo que repercute luego también en un menor coste en la ejecución).

La concentración en un órgano de toda la contratación de obras y equipamientos de determinada cuantía, la creación de una comisión central de compras y suministros de cuantía importante, permitirá alcanzar una importante especialización en un tema complejo, elaborar buenos proyectos, conseguir mejores contratos. Asimismo, y sobre esto volveré, un Registro de contratistas centralizado e informatizado.

Formalizado el contrato, su gestión puede descentralizarse o desconcentrarse e, igualmente, cabe pensar en llevar determinados contratos de menor importancia a los Distritos, tanto en su fase de elaboración como de gestión, si cuentan con la infraestructura necesaria. En cualquier caso, ciertos servicios centrales, como el Registro informatizado, mantendrá su utilidad en todo proceso de contratación, ya se elabore o no por órganos centrales.

3. Expediente de contratación

El otro gran apartado en el que la Carta Municipal puede ofrecer mayores innovaciones es el relativo al expediente de contratación, a través de la introducción o supresión de requisitos que no desvirtúen los aspectos básicos contenidos en la legislación estatal y de la Comunidad Autónoma.

En esta línea me parece posible introducir las siguientes novedades:

a) La aprobación de los pliegos de cláusulas generales y particulares debería formalizarse por una disposición general de eficacia, por tanto, continuada. El informe previo

del Secretario o Interventor no debería de esta forma repetirse ante cada Pliego de cláusulas particulares. Las prescripciones técnicas se redactarían para cada expediente pero sin la necesidad de informe previo, que es en definitiva lo que retrasa la tramitación del expediente. De este modo los expedientes se agilizarían al no tener que contar con el informe previo de Secretario e Interventor, sin que, de hecho, tal informe se suprima (el artículo 263 de la Llei Municipal i de Règim local se refiere al mismo).

b) Creación de un Registro de contratistas centralizado e informatizado. Este registro debe tener como función la inscripción de aquellas empresas que deseen contratar con la Administración Municipal, inscripción voluntaria que pretende únicamente agilizar el procedimiento de contratación.

No se trata de añadir, por tanto, causas de incapacidad o incompatibilidad para contratar, ni de crear un sistema de clasificación de empresarios. El primer tema, regulación de los requisitos subjetivos, está regulado con carácter general en la legislación estatal como materia básica (artículo 149.1.18 CE, artículo 88.2 LBRL que se remite a la estatal, recientemente adaptada a la legislación comunitaria), y la clasificación está prevista para la contratación con el Estado (habiéndose incluso cuestionado la competencia para establecer nuevos requisitos de clasificación a las Comunidades Autónomas, (STS 24 septiembre 1985, 3, 4205).

El Registro, por tanto, se configura como mecanismo instrumental en beneficio del procedimiento de contratación, abierto a las empresas que deseen contratar. Su funcionamiento y razón de ser sería el siguiente.

Las empresas interesadas en contratar con el Ayuntamiento se inscribirían, englobándose en tres grupos, como contratistas de obras, suministros o servicios. En el Registro se harían constar los documentos que se exigen para participar en una licitación (DNI del contratista si es empresario individual o de la persona que actúe en representación de empresa que no tenga este carácter, escritura de constitución o modificación de la Sociedad en Registro Mercantil si es persona jurídica, escritura de poder notarial a favor de quien actúe como representante), documentos que convalidados por el Secretario se incluirán en el Registro, otorgán-

dose el certificado que de prueba de la inscripción. Esta certificación eximirá al contratista de presentar, en cada licitación, la documentación incluida en el Registro, lo que no sólo supondrá una ventaja para el mismo sino para la Administración, que se evitará el trabajo de comprobación, bastándole comprobar que el certificado presentado se corresponde con una inscripción en vigor.

A los efectos de controlar las alteraciones en los datos aportados, estos se revisarán en el momento del otorgamiento provisional, ya sólo con un contratista. Las empresas que no comuniquen en el plazo de 15 días la alteración de los datos podrán ser excluidas del Registro y sancionadas con su no inscripción posterior una vez corregido el error.

La gestión del Registro deberá ser encomendada a un órgano central, pero obviamente la utilización de dicho Registro informatizado facilitará la tramitación de cualquier expediente de contratación, sea por órgano desconcentrado o ente descentralizado.

c) En relación al tema de las fianzas, me parece oportuno abrir, al menos, el debate sobre la posible supresión de la fianza provisional. ¿Sigue estando justificada? ¿No caben otros modos de sanción «a posteriori» para quien es seleccionado y no formaliza el contrato?. La no exigencia no es tampoco sólo en beneficio del contratista. Hace más fácil el expediente, al suprimir el ingreso de unas fianzas que luego se deben devolver.

d) Deberían igualmente reducirse el número de sesiones públicas, como momentos que retrasan el expediente. Si la sesión pública responde a un fin de transparencia frente al administrado, bastaría con mantener una sesión en la que se diera cuenta de los requisitos subjetivos y ofertas de los licitadores, mientras que la adjudicación podría hacerse por publicación, sin necesidad de otro acto público. Bastaría la notificación a los interesados y publicación en la Gaceta Municipal.

e) La adjudicación del contrato debería hacerse estableciendo un orden de prioridad, de manera que si el adjudicatario no llegara a formalizar definitivamente el contrato se entendería adjudicado al siguiente, y así sucesivamente, sin necesidad de nueva licitación, procediéndose de inmediato a la formalización. Si no existiera fianza provi-

sional se evitarían, además, los problemas de las devoluciones a quien resultaría adjudicatario en segunda instancia.

f) La publicación en Diarios Oficiales retrasa en muchas ocasiones de forma grave el expediente. Ciertamente la legislación básica es de difícil modulación en este punto, más cuando se impone ahora en ocasiones la publicidad en el Diario Comunitario, pero debería tratar de reducirse el número de Diarios Oficiales en que publicar y los actos que requieran publicación, pudiendo ésta ser sustituida por notificación a interesados en el expediente. En principio la publicación en la Gaceta Municipal y DOG deberían bastar.

g) Para agilizar la tramitación, si bien ésta es un problema más de práctica que de reforma normativa, no debe dudarse en acudir al expediente de urgencia y utilizar la contratación directa. En relación con esta última, debe llevarse al máximo la norma básica del artículo 88.3 de la LBRL y lo dispuesto en el artículo 270 de la Llei Municipal i de Règim Local. Asimismo, incluir como contratación directa (ya está así previsto) los contratos para ejecución de obras declaradas de notorio carácter artístico, de acuerdo con el informe de la Administración competente (por ej. Conselleria de Cultura), que se entenderá afirmativo por el silencio de un mes.

En este sentido, regular el supuesto de suministros menores (arts. 86 y 89 Ley Contratos Estado).

4) Ejecución del contrato

La ejecución del contrato debería estar claramente descentralizada en la mayor parte de supuestos a los Consejos de Distrito, siempre que cuenten con infraestructura administrativa suficiente. En esta fase de ejecución deberá buscarse la mayor colaboración posible con el administrado. Además debería reforzarse el control sobre toda la fase de ejecución, y no sólo como control jurídico formal, sino como control técnico externo. De esta forma se podrían evitar problemas en el momento de la recepción de la obra. El órgano encargado del seguimiento debería asumir las facultades de dirección, fiscalización y resolución de aspectos conflictivos, pudiendo concretarse el órgano en un funcionario responsable.

V. CRITERIOS QUE AFECTAN MÁS A LA GESTIÓN DE LA CONTRATACIÓN QUE A UNA REFORMA NORMATIVA

Determinadas disfunciones de la contratación local no dependen del defecto de la norma, sino de una mala gestión administrativa. Otros temas no requieren una solución normativa, sino una actividad concreta de la Administración. A estas cuestiones voy a referirme a continuación.

a) Conseguir una cadencia temporal razonable en la actuación administrativa contractual, en la línea de lo que ya está contemplado en el artículo 20.2 de la Ley de Contratos del Estado (artículo redactado de conformidad con la Ley 5/1973 de 17 de marzo). El objetivo final sería tratar de actuar de forma que los tres primeros meses se dedicaran a la programación, los tres siguientes a la contratación y los seis restantes a la ejecución del contrato.

b) A efectos de simplificación, y por tanto de mayor rapidez, unificar los modelos de contrato.

c) Elaboración de modelos de Actas para las Mesas de contratación.

d) Tratar de solucionar los aspectos relativos a la ordenación del gasto público, en especial agilización en los expedientes de pago.

e) Abreviar los términos de formalización.

En definitiva, cuestiones estas últimas que no pueden llevarse a un texto normativo o que no deben situarse en el ámbito de la contratación (apartado d), pero que reclaman una actuación decidida de la Administración actuante.

VI. PROPUESTAS CONCRETAS EN RELACIÓN A LOS ASPECTOS A INTRODUCIR EN LA NUEVA CARTA MUNICIPAL DE BARCELONA

De acuerdo con los términos de la nueva gestión y teniendo en cuenta las observaciones hechas en el presente informe se exponen a continuación de forma sucinta las siguientes propuestas:

1. Clasificación de los tipos de Contrato

La Carta municipal puede ser la ocasión para delimitar con

precisión el carácter o no contractual y el carácter o no administrativo de determinados negocios jurídicos en los que interviene la administración municipal. Determinado el carácter de acto unilateral o negocio contractual, y de caso de contrato, su naturaleza privada o administrativa, se aplicaría a cada figura el régimen jurídico propio.

Esta delimitación de la naturaleza jurídica de los negocios jurídicos de la actividad municipal debería pronunciarse sobre:

a) Actos de utilización de bienes patrimoniales y demaniales. No tienen naturaleza contractual, pese a utilizarse en ocasiones las técnicas propias de la selección de contratista para otorgar los derechos de uso privado o de explotación (esta propuesta que altera en parte el informe inicial, será desarrollada al tratar el tema del Patrimonio Municipal). En el caso de utilización de bienes patrimoniales se tratará de una autorización. Su otorgamiento debe garantizar un poder de supervisión municipal, debe permitir la revocación, sanción y debe asegurar que se obtiene el mejor rendimiento posible.

b) Diferenciar la Técnica del Convenio del Contrato. El convenio vincula a la Administración con las partes firmantes, pero no frente a terceros ni puede servir de parámetro para enjuiciar la validez de actos jurídicos. Se debe regular el Convenio interadministrativo y el Convenio con sujetos privados. Precisar el sometimiento al Derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa de este último.

2. Organización

a) Centralizar en un órgano unitario, una especie de junta Central de Contratación, todo lo relativo a elaboración y formalización del contrato. La fase de gestión, descentralizarla en los Distritos.

b) Crear un Registro Central de Contratistas.

c) Descentralizar la elaboración formalización de contratos de poca importancia económica en la medida que lo permita la infraestructura administrativa de los Distritos.

3. Expediente de contratación

a) Imponer la elaboración como norma jurídica de vigencia continuada de los Pliegos de cláusulas generales y particulares. Los informes previos no deberían referirse en cada ocasión y se abreviaría el procedimiento de elaboración del contrato. Bastará con redactar de forma singular las Prescripciones Técnicas.

b) Creación de un Registro de Contratistas centralizado e informatizado. La inscripción evitará acompañar en cada expediente datos que ya consten y no estén modificados.

c) Suprimir las fianzas provisionales.

d) Reducción del número de sesiones públicas.

e) Adjudicación del contrato estableciendo un orden de prioridades, de la manera que si no formaliza el contrato el primero pueda hacerse con el segundo y así sucesivamente sin necesidad de nuevos actos de adjudicación.

4. Expedientes Especiales

a) Facilitar, con las garantías necesarias, el recurso a expedientes de urgencia y a la contratación directa.

b) Precisar y en su caso ampliar el recurso a la contratación directa para los supuestos de compra y ejecución de obras de notorio carácter artístico.

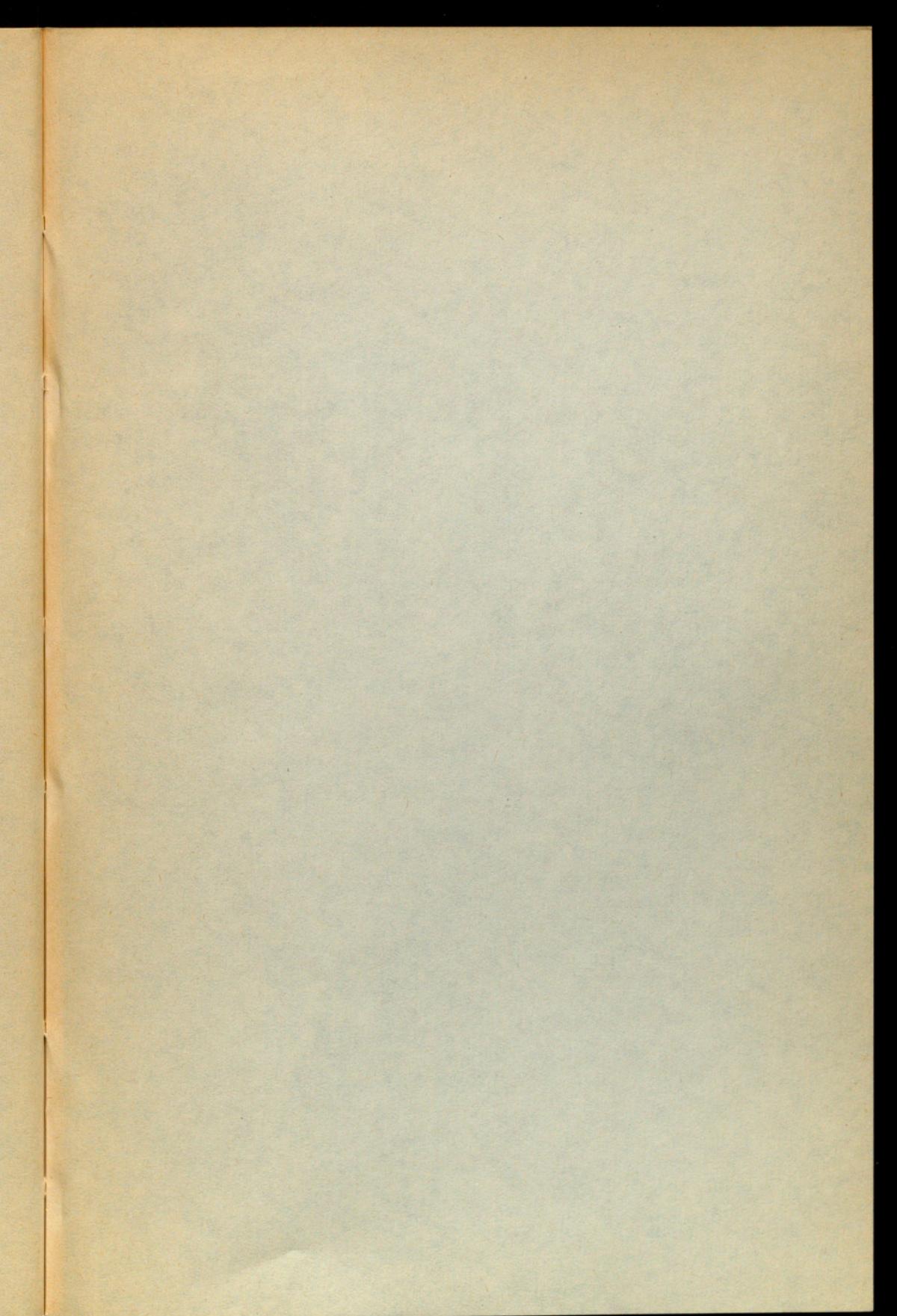
c) Precisar la contratación de «suministros menores».

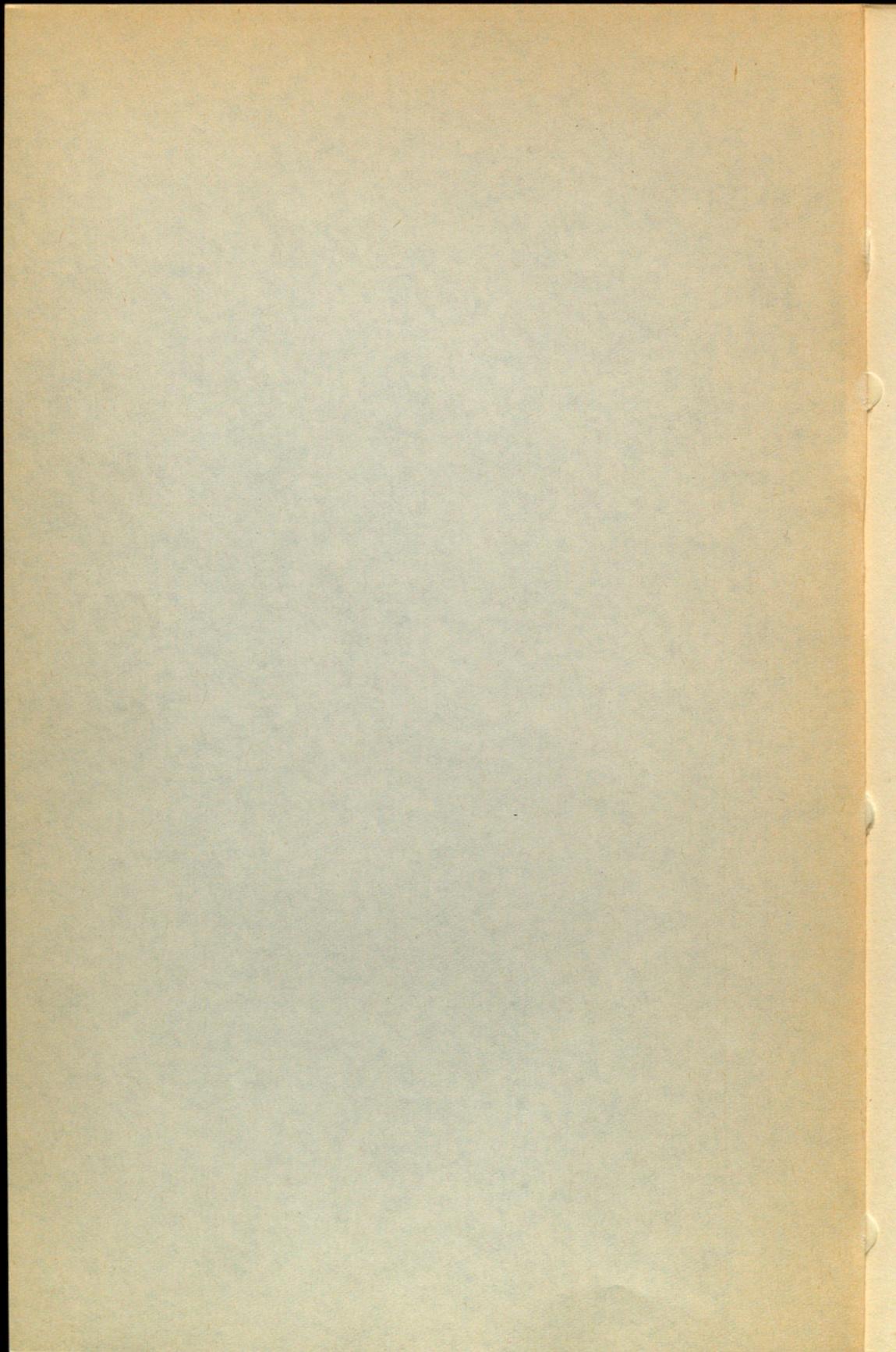
5. Ejecución

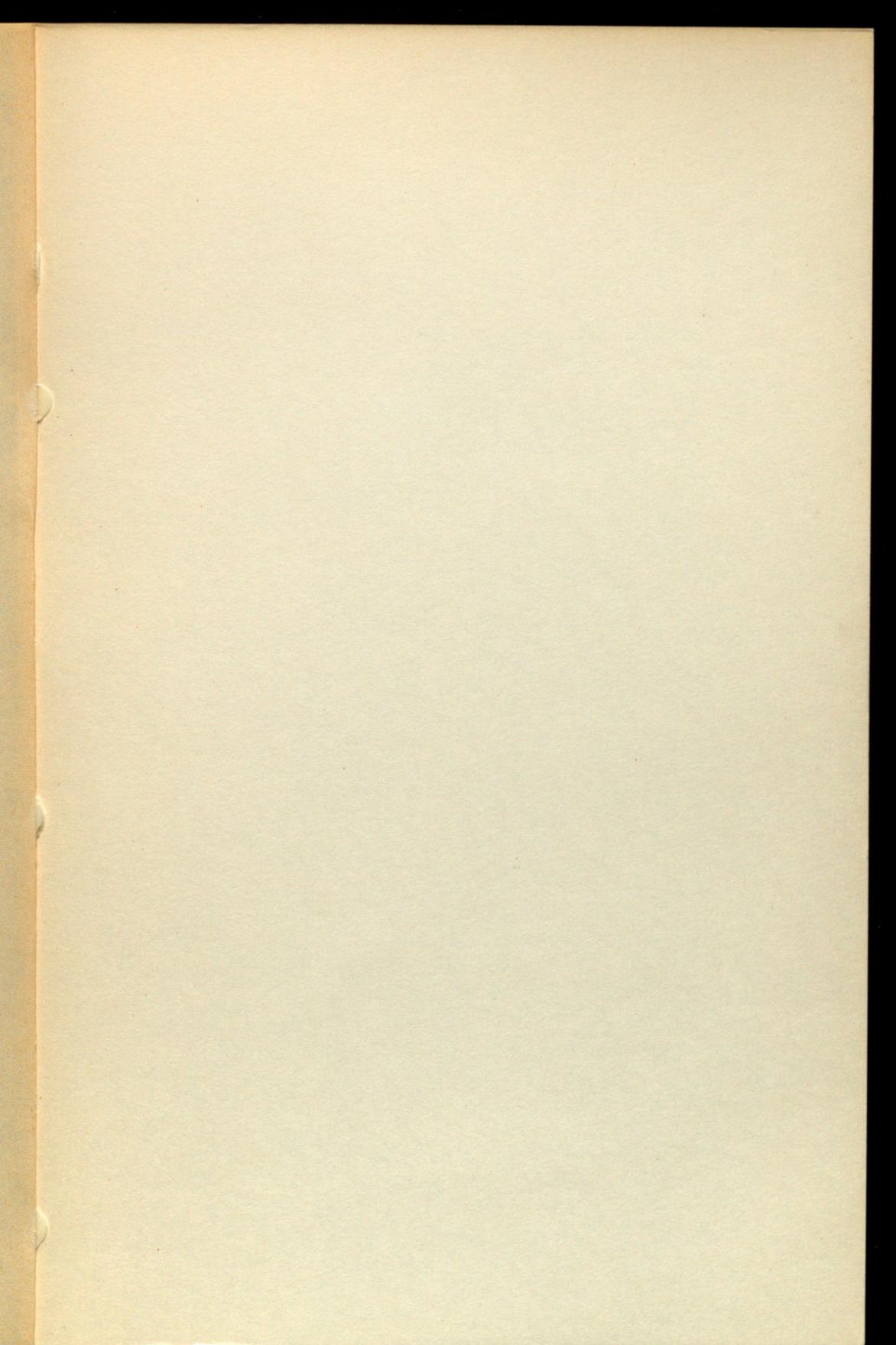
Favorecer la ejecución descentralizada. Responsabilizar a un funcionario concreto de las tareas de inspección, vigilancia y control.

Estos son los aspectos que estimo pueden, con matices por el respeto necesario a la legislación básica, y deben introducirse en la nueva Carta Municipal. Otros temas conexos, o que inciden más en la gestión que en una reforma normativa, ya fueron expuestos en mis anteriores informes.

Barcelona, julio de 1987









DOCUMENTS DE TREBALL PER A LA CARTA MUNICIPAL

