



Revista de Estudios de la Administración Local y
Autonómica. Nueva época

ISSN: 1989-8975

Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

Franco Jiménez, Teresa; Zafra Víctor, Manuel
La controvertida interpretación y aplicación del artículo 26.2 de la Ley de Bases de Régimen Local
Revista de Estudios de la Administración Local y
Autonómica. Nueva época, núm. 17, 2022, pp. 139-154
Instituto Nacional de Administración Pública (INAP)

DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11058>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=576470659008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)



Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



REALA, número 17, abril de 2022
 Sección: ESTUDIOS BREVES
 Recibido: 25-02-2022
 Modificado: 30-03-2022
 Aceptado: 01-04-2022
 Publicado: 07-04-2022
 DOI: <https://doi.org/10.24965/reala.i17.11058>
 Páginas: 139-154

La controvertida interpretación y aplicación del artículo 26.2 de la Ley de Bases de Régimen Local¹

The controversial interpretation and application of article 26.2 of the Local Regime Basis Law

Teresa Franco Jiménez

Abogada

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9744-1125>
cortesygraena2016@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración, Sociología y Derecho. Master en abogacía. Competencias y administraciones públicas. Ha participado en la elaboración de la normativa municipal de Extremadura, participación ciudadana en Andalucía, Tratado Internacional Carta Latinoamericana de los gobiernos locales. Asesora técnica del Comité de educación para el análisis de las competencias en la materia de Desafección COVID-19 de los centros educativos de Andalucía de la FAMP.

Manuel Zafra Víctor

Universidad de Granada (España)

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7620-5115>
manuelzafravictor@gmail.com

NOTA BIOGRÁFICA

Profesor titular de Ciencias Políticas y de la Administración. Doctor en Derecho. Ha participado en la elaboración de normas de la Ley de Garantía Municipal de Extremadura, y ha coordinado un dictamen para la FEMP sobre reforma constitucional y autonomía local. Tratado Internacional Carta Latinoamericana de los Gobiernos Locales. Ex director general de administración local de la junta de Andalucía y del Ministerio de Administraciones Públicas.

RESUMEN

La ciudadanía se siente poco afectada por los conflictos de competencia, pero sí por la descoordinación entre diferentes administraciones públicas. A propósito de hechos reales se analiza la controvertida interpretación y aplicación del artículo 26.2 LBRL que prescribe la coordinación por la Diputación de una serie de servicios para los municipios con población inferior a 20.00 habitantes, uno de ellos, el acceso al núcleo de población donde unos vecinos sufren accidentes de tráfico y reclaman la correspondiente indemnización. ¿Cuál es la instancia pasivamente legitimada? ¿El municipio que debe prestar su conformidad al plan propuesto por la Diputación o la Diputación que debe proponerlo?

PALABRAS CLAVE

Coordinación; cooperación; asistencia; planificación; servicios municipales.

¹ Los autores agradecen la colaboración prestada por Maribel Balbás; Francisco Velasco; Secretaría General de Financiación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda y a la Secretaría General del Pleno del Tribunal Constitucional.

ABSTRACT

Citizens feel that competence conflict has little effect on them, but they do feel the effect of incoordination between different public administrations. Based on real events, the interpretation and application of article 26.2 of the Local Regime Basis Law in this study prescribes the coordination by the local government of a series of services for municipalities with a population under 20.000 inhabitants, one among them being access to the population nucleus where some neighbours suffer traffic accidents and claim damages. What is the passively legitimized instance? Does the municipality have to agree with the plan proposed by the Provincial Council or the Provincial Council must propose it?

KEYWORDS

Coordination; cooperation; assistance; planification; municipal services.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. 1. LA PONDERACIÓN EFECTUADA POR EL LEGISLADOR BÁSICO: REDEFINICIÓN AL ALZA DE LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES Y A LA BAJA DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES. 2. COORDINACIÓN PROVINCIAL Y CONFORMIDAD MUNICIPAL. COORDINARÁ, OFRECERÁ E INCLUIRÁ: DIFERENTE RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTAS FUNCIONES. 3. LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA JURISPRUDENCIA. 3.1. LA DOBLE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26.2 LBRL. 3.2. EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD. COORDINACIÓN PROVINCIAL Y AUTONOMÍA MUNICIPAL. 4. LA CONFORMIDAD DE LOS MUNICIPIOS NO CONVIERTE LA COORDINACIÓN PROVINCIAL DEL ARTÍCULO 26.2 LBRL EN COOPERACIÓN O ASISTENCIA. 5. LA SINGULARIDAD DE LA COORDINACIÓN Y LA COOPERACIÓN PROVINCIALES. 6. LA «DIRECTRIZ» DEL MINISTERIO DE HACIENDA. 7. LA DISCUTIBLE DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA AUTONOMÍA PROVINCIAL Y LA NECESIDAD DE INTERMEDIACIÓN LEGAL AUTONÓMICA PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD PLANIFICADORA POR LAS DIPUTACIONES. 8. BALANCE SOBRE LA POLÉMICA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26.2 LBRL. 9. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

La administración provincial, recibe cuatro decretos de alcaldía del municipio al que debe prestar asistencia jurídica en sendas reclamaciones presentadas por los vecinos con motivo de los accidentes de tráfico en el acceso al núcleo de población.

Tras la modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL) por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), habría una falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento para recibir reclamaciones de indemnizaciones por la vía de la responsabilidad patrimonial, a causa de daños producidos en los vehículos de los reclamantes, debido al estado que presenta el acceso al núcleo de población donde residen. Al objeto de ordenar las ideas el tema se plantea desde las siguientes premisas:

1. La ponderación que hace el legislador básico: Redefinición al alza de las competencias provinciales y a la baja de las competencias municipales.
2. El control de constitucionalidad de la ponderación efectuada por el legislador básico: la concordancia práctica entre los principios de autonomía municipal y estabilidad presupuestaria.
3. El examen del juicio de legalidad, una vez declarada la constitucionalidad de las competencias provinciales. Los Dictámenes del Consejo de Estado resultan fundamentales para este propósito. El juicio de legalidad debe delimitar la competencia provincial de la municipal, determinado el alcance jurídico de la coordinación provincial y de la conformidad municipal en el nuevo artículo 26.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local.
4. El Tribunal Constitucional (TC) entrecomilla, o pone entre paréntesis, el término coordinación para llamar la atención sobre sus diferentes acepciones. Es necesario examinar el significado jurídico de coordinación y cooperación en los artículos 26.2, 31 y 36 de la LBRL analizando la relación entre el 26.2, el 36.1.h) y el 36.2, establecida por el TC en la fundamentación jurídica del fallo.
5. El carácter interpretativo de los pronunciamientos judiciales de las bases estatales y la remisión a la normativa autonómica de desarrollo llevan a analizar la legislación autonómica dictada para la aplicación de la LRSAL.

6. Por último, entendiendo controvertida la afirmación del TC sobre la necesidad de intermediación legal para que las diputaciones ejerzan sus facultades coordinadoras, se vuelve a un tema tópico en el estudio de la autonomía local: la vinculación positiva o negativa de la potestad normativa local con respecto a la ley.

1. LA PONDERACIÓN EFECTUADA POR EL LEGISLADOR BÁSICO: REDEFINICIÓN AL ALZA DE LAS COMPETENCIAS PROVINCIALES Y A LA BAJA DE LAS COMPETENCIAS MUNICIPALES

Tal como reconoce la Exposición de Motivos de la LRSAL ha supuesto una redefinición de las competencias provinciales. Este ajuste entre las dos entidades locales, elevación de las competencias provinciales y la correlativa reducción de las municipales, toma como referencia la prestación de servicios y no el ejercicio de competencias. Aunque sea correcto hablar de la competencia para la prestación de servicios, no cabe obviar su diferente régimen jurídico: prestación no equivale a ordenación y gestión. Un servicio obligatorio es un derecho del vecino eventualmente reclamable ante los tribunales; una competencia es el marco jurídico para el impulso de políticas diferenciadas.

La conclusión parece clara: la racionalización consiste en la rebaja del coste de los servicios prestados por los municipios y en la fijación de unos criterios más estrictos para la atribución de competencias municipales, con el fin de rebajar el déficit y cumplir las exigencias del principio de estabilidad presupuestaria. Y, en lo relativo a las competencias sectoriales, obliga a las comunidades autónomas a la atribución específica y a la consiguiente prohibición de cláusulas generales. El doble informe de ausencia de duplicidad y garantía de sostenibilidad es, igualmente, una muestra del rigor en los criterios para el ejercicio de competencias municipales.

Aunque la LRSAL intentó que el listado de materias del artículo 25.2 LBRL fuera un máximo y no un mínimo, acabó desistiendo ante la avalancha de críticas. La racionalización tenía corto recorrido en el propósito de reducir las competencias municipales.

El objetivo eran los servicios públicos obligatorios; configurados como derechos subjetivos de los vecinos, su regulación por las bases estatales no afecta a las competencias autonómicas. Tanto las competencias de coordinación, cooperación y asistencia como la prestación de servicios obligatorios, no están necesitados de desarrollo autonómico para su ejercicio por las provincias y municipios, están directamente atribuidas por el Estado y su título competencial además de las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, estaría en el artículo 149.1 CE: la igualdad de derechos en cualquier parte del territorio nacional².

2. COORDINACIÓN PROVINCIAL Y CONFORMIDAD MUNICIPAL. COORDINARÁ, OFRECERÁ E INCLUIRÁ: DIFERENTE RÉGIMEN JURÍDICO DE ESTAS FUNCIONES

El incremento de las competencias provinciales se explica por la supervisión y control del coste de los servicios prestados, la cuestión controvertida es el alcance de la coordinación provincial y la conformidad municipal.

En aras de la consistencia analítica del planteamiento, se identifican, en primer lugar, los artículos donde figura el coste efectivo como parámetro para el ejercicio de las competencias provinciales: artículo 26.2; 36.1.h); 36.2 y 116 ter LBRL. Se constata la diferencia en los efectos jurídicos de los artículos 26.2 y 36.2 de los previstos en el 36.1, h). En los dos primeros se aprecia una clara facultad coordinadora mientras que en el segundo una muestra inequívoca de la función de asistencia.

El tono imperativo confirma esta impresión inicial, la Diputación coordinará determinados servicios en municipios con menos de 20.000 habitantes y cuando detecte un coste efectivo superior en los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial de obras y servicios «fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir los costes efectivos», artículo 36.2.a) párrafo segundo. Pero el seguimiento de los costes tiene fundamento distinto en el artículo 36.1.h): «ofrecerá a los municipios su cola-

² Lo señala Ortega (2003, p. 292): «... el sistema de cooperación no está dirigido únicamente a un fin que podría ser calificado como institucional, sino que está estrechamente ligado a la concepción más elaborada de los servicios públicos en el marco de un Estado social».

boración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes». Es cierto que la coordinación aparece en los tres preceptos, pero en este último caso la oferta de colaboración no es equiparable a la obligación de coordinar la prestación de los servicios enumerados en el artículo 26.2 LBRL o a la de incluir en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal.

El denominador común entre los artículos 26.2 y 36.2 no debe llevar a la conclusión de la total coincidencia entre ellos:

- a) En el artículo 26.2 la coordinación se proyecta sobre determinados servicios y determinados municipios. Si la Diputación adopta la decisión de prestar directamente los servicios repercutirá el coste en los municipios afectados. La coordinación está, indefinidamente, condicionada a que los municipios afectados puedan acreditar un coste efectivo inferior.
- b) El ámbito objetivo del artículo 36.2 abarca a todos los servicios y todos los municipios; mientras que nada se dice sobre implicaciones financieras para las fórmulas de prestación unificada previstas en el artículo 36.2. También los tiempos difieren, el plan es de aprobación anual.

El principio que rige la relación institucional entre provincia y municipios es: las competencias atribuidas por la ley son de ejercicio obligatorio para la provincia, los tres términos empleados son claros: coordinará, ofrecerá e incluirá y, como veremos en lo que sigue, un derecho, con diferente intensidad para los municipios.

3. LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO DE ESTADO Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1. La doble interpretación del artículo 26.2 LBRL

Para comprender la versión finalmente aprobada de la LRSAL y ajustar la *voluntas legislatoris* como criterio hermenéutico, procede examinar, en primer lugar, el debate académico sobre la doble interpretación³ que el artículo 26.2 puede motivar.

- a) Una interpretación conforme a la garantía constitucional de la autonomía municipal por el añadido en el Senado «de conformidad con los municipios afectados», tras las fundadas objeciones formuladas por el Consejo de Estado en el Dictamen 567/2013⁴ al coste estándar y al traslado a la Diputación de la titularidad de la competencia municipal;
- b) Una contraria, si el asentimiento municipal se reduce, no a la coordinación, sino a la modalidad propuesta para su ejercicio (gestión directa o compartida).

Antes de los pronunciamientos del TC sobre la LRSAL, la interpretación «conforme» cualificaría los efectos de la «conformidad municipal»; para que la Diputación presentara al Ministerio de Hacienda la propuesta de reducción de costes, sería requisito necesario contar con la conformidad de los municipios. De no haberla, la Diputación no podría plantearla. Aunque la Diputación tiene la obligación de impulsar la coordinación «no se perfeccionaría *ope legis* en caso de rechazo de los titulares de la competencia». El acuerdo municipal, pues, se erige en *conditio sine que non* para «la materialización» de la coordinación provincial en la prestación de los servicios enumerados en el artículo 26.2. Para que el artículo no incurra en inconstitucionalidad la coordinación debe ser entendida como «un mecanismo más propiamente cooperativo» y no «una fórmula pretendidamente coordinadora».

Manuel Medina aborda todos los aspectos de necesaria consideración para la instrucción y resolución de los expedientes: el diferente régimen jurídico de las competencias provinciales, el carácter impositivo de la coordinación y el voluntario de la cooperación y asistencia.

Atendiendo a la reiterada jurisprudencia constitucional⁵, la coordinación implica supremacía de la instancia coordinadora, dotada de un cierto poder de dirección con efectos limitadores en el ejercicio de las competencias de la coordinada; la cooperación, regida por la voluntariedad, supone paridad institucional.

³ De la múltiple literatura suscitada por el tema, resulta particularmente representativa el artículo de Medina (2014, pp. 147-161). Esta contribución doctrinal se reproduce literalmente en el recurso interpuesto por los grupos parlamentarios y resuelto en la STC 44/2017. Posterior a la jurisprudencia constitucional sobre la LRSAL Fernández Farreres (2017) y Barrero Rodríguez (2017).

⁴ Dictamen Consejo de Estado 567/2013. Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. 26-06-2013. BOE, Documento CE-D-2013-567.

⁵ STC 27/1987 y STC 214/1989.

La duda que suscita esta autorizada opinión es la alusión genérica a la conformidad municipal.

- a) Se entiende que esta conformidad es de cada municipio a la coordinación en sentido amplio y no solo a la modalidad para su ejercicio.
- b) Únicamente aquellos municipios que hubieran dado su conformidad a la propuesta de la Diputación se verían obligados a acreditar ante la propia Diputación un coste efectivo menor al prestado o coordinado por la Diputación para eludir los efectos de la coordinación propuesta.

Esta interpretación se revela discutible, de entrada todos los municipios quedan coordinados y la conformidad municipal permite eludir los efectos impositivos de la coordinación mediante la acreditación de un coste efectivo menor que el propuesto por la Diputación.

Las dudas se aclaran leyendo el Dictamen 338/2014 del Consejo de Estado⁶ emitido a solicitud del Ministerio de Hacienda y Administración Pública por la interposición de un conflicto en defensa de la autonomía local contra la LRSAL.

El artículo 26.2 parte de una premisa para fundamentar su compatibilidad o incompatibilidad con la garantía constitucional regulada en los artículos 137 y 140 CE:

«...su íntima conexión con los intereses propios de los Municipios, que por tal razón y en virtud de la garantía institucional contenida en los artículos 137 y 140 de la Constitución, no pueden verse excluidos de la prestación de tales servicios, por ministerio de la ley, sin la existencia de razones de orden constitucional que, tras el correspondiente juicio de ponderación, sean susceptibles de modular la referida autonomía local».

Las objeciones formuladas al coste estándar en el Dictamen 567/2013 se corrigen con la exigencia de la conformidad de los municipios afectados y con la precisión del coste efectivo frente a la indeterminación del coste estándar. Yendo más allá del estricto juicio de constitucionalidad, la nueva regulación, «aparentemente respetuosa con la autonomía local», presenta una carencia relevante: ni contempla ni resuelve el caso de los municipios, «en todas sus variantes». La única «variante» prevista es la de los municipios en condiciones de prestar el servicio a coste efectivo inferior; no se prevé, sin embargo, la de los municipios que lo presten a coste efectivo superior. En este supuesto se llegaría a un bloqueo sin salida: no podría prestarlo la Diputación por la negativa municipal, pero tampoco el municipio por hacerlo a coste efectivo superior. Una situación agravada por tratarse de servicios obligatorios. La recomendación del Consejo apremia a una reforma legislativa por «la desafortunada configuración técnica de los párrafos segundo y tercero del artículo 26.2 que precise el alcance de la expresión “conformidad de los Municipios afectados”».

Volviendo al juicio de constitucionalidad el Consejo encuentra conforme el artículo si la intervención provincial, cualquiera que fuese el coste efectivo de la prestación municipal, superior o inferior a los por ella prestados o coordinados, se entendiera supeditada a la conformidad de los Municipios interesados y los que no la dieran pudieran, por sí mismos, prestarlos. Aunque sea lateralmente existen argumentos para la resolución de los accidentes en el juicio de constitucionalidad planteado en este dictamen.

3.2. El Juicio de Constitucionalidad. Coordinación provincial y autonomía municipal

La recomendación del Consejo de una reforma legislativa para remediar la deficiencia técnica de un artículo tan confuso, cuya aplicación sería inevitablemente problemática, no encontró acogida.

Cuando el TC hubo de resolver la multitud de recursos planteados contra la LRSAL eludió pronunciarse sobre este punto. Reconoce en la sentencia clave STC 111/2016 «...la complejidad... directamente proporcional a la relevancia de los servicios implicados, típicamente municipales y, en efecto indispensables para el desenvolvimiento de la vida urbana»; considerando esta configuración legal una, entre otras posibles «no le corresponde valorar la conveniencia de esta regulación».

El acierto o desacierto en el empleo del término «coordinación», unas veces referido al significado genérico de «colaboración» y otras más precisas a «cooperación» o incluso «coordinación voluntaria», no corresponde al juicio de constitucionalidad. Su pronunciamiento ha de centrarse únicamente en si la coor-

⁶ Dictamen 338/2014. Consejo de Estado. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Interposición de un conflicto de defensa de la autonomía local contra la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. BOE, Documento CE-D-2014-338.

dinación provincial menoscaba la autonomía municipal constitucionalmente garantizada; es esta la «única vulneración estrictamente jurídico-constitucional razonada en el recurso».

Caen fuera del juicio de constitucionalidad las objeciones expuestas por el Consejo sobre la deficiente técnica jurídica que provoca la imprecisión a la hora de delimitar la obligación de la provincia y el derecho de los municipios y dificulta la aplicación del artículo 26.2 LBRL; sería ese un juicio de legalidad ante la jurisdicción contenciosa. Al igual que en el artículo 36, este artículo tampoco precisa cuando procede una u otra técnica de «coordinación».

El problema consiste en la complejidad semántica y jurídica para diferenciar entre coordinación y cooperación, el factor decisivo es en qué medida el ejercicio de las competencias de una de las entidades resulta limitado por la decisión de la otra.

Este es el parecer autorizado de M. Sánchez Morón⁷: la diferencia entre las técnicas de coordinación y cooperación no está en el criterio de la voluntariedad, sino en qué medida el ejercicio de las competencias entre los entes que cooperan se ven o no limitadas y se mantiene o no en su integridad la respectiva capacidad decisoria.

La cooperación no es una función cuyo ejercicio requiera potestades directivas y coloque a una entidad en posición de supremacía respecto a la otra. Es este el rasgo diferencial a la hora de definir el concepto jurídico de cooperación.

No obstante, la falta de precisión legal de las «circunstancias habilitantes» en el ejercicio de la intervención provincial no entraña riesgo alguno para la autonomía municipal constitucionalmente garantizada; el municipio cuenta con la posibilidad de rechazar cualquiera de las técnicas previstas en el artículo 26.2 LBRL.

El TC parece ofrecer una puerta para salir del bloqueo apuntado por el Consejo de Estado: «El criterio determinante no es el económico, tampoco la decisión de otras Administraciones Públicas; es la voluntad municipal misma».

La categórica afirmación sobre la relevancia jurídica de la voluntad municipal y la irrelevancia del criterio económico supondría:

- a) Municipios que no prestaran su consentimiento, cualquiera que fuese el coste en la prestación de sus servicios, quedarían al margen de la coordinación provincial.
- b) Municipios que den su conformidad tendrían, para eludir la coordinación, que acreditar, ante la propia Diputación, la prestación del servicio a coste efectivo inferior. Pero en esta situación tampoco se ve lesionada la autonomía municipal por la previa concesión de conformidad. Las consecuencias para la planificación provincial de esta conformidad inicial justificarían, en contrapartida, la obligación del municipio de acreditar, para salir de ella, la prestación a menor coste.

Con la finalidad de aclarar los efectos jurídicos de la conformidad municipal y de la coordinación provincial, el TC equipara la regulación del artículo 26.2 a la establecida en el 36.1.h) LBRL que, como más arriba se indicó, da contenido a una típica función de asistencia con la oferta por la Diputación de cooperación a los municipios al comprobar una prestación de coste superior en relación al servicio prestado o coordinado por ella.

La similitud del paralelismo establecido por el Tribunal resulta problemática, no es lo mismo la obligación de ofrecer colaboración para la gestión coordinada de todos los servicios a todos los municipios que la de coordinar determinados servicios para determinados municipios.

La asistencia es obligatoria para la provincia, el tono imperativo del término es inequívoco, ofrecerá, y potestativa para el municipio, que puede o no acogerse.

La coordinación es obligatoria tanto para la provincia como para el municipio; la conformidad municipal, de entrada, no la convierte en potestativa y, correlativamente, la intervención provincial en asistencia.

Puede ser un requisito que la Diputación deba observar en la elaboración del plan para coordinar los servicios; la analogía está mejor establecida con la aprobación del plan provincial y la preceptiva participación de los municipios en su elaboración.

Es cierto que la conformidad del municipio en la elaboración y aprobación de un plan implica mayor concreción jurídica que la participación, pero en uno y otro caso, no impiden que la Diputación coordine ejerciendo la potestad de planificación y la competencia municipal quede limitada en su ejercicio.

La limitación no altera la titularidad; el municipio conservará su autonomía para dar prioridad temporal o asignar una mayor o menor cantidad de recursos a unos u otros servicios, pero deberá hacerlo a coste

⁷ Sánchez Morón (1992, pp. 11-30).

efectivo inferior o, de no conseguirlo, acogerse a la coordinación provincial limitada, a su vez, a rebajar el coste, en ningún caso a suprimir la capacidad decisoria municipal.

La coordinación implica limitaciones en el ejercicio de las competencias de ambas entidades; ni la diputación puede, unilateralmente, ejercer la coordinación, ni el municipio disponer de todas las opciones.

Esta argumentación confirma la interpretación inicial donde, al identificar los efectos jurídicos del coste efectivo, diferencia entre la regulación del artículo 36. 1, h) y la de los artículos 26.2 y 36.2 LBRL. El artículo 26.2 no guarda correspondencia con el artículo 36.1.h) sino con el 36.2 LBRL.

Este artículo había sido impugnado por la Junta de Andalucía argumentando el exceso de las bases y la lesión a la autonomía local. La representación procesal de la Junta relaciona este artículo 36.2 con el 26.2 LBRL, señalando las diferencias en los servicios y municipios afectados e insistiendo en la ausencia de alusión a la conformidad municipal en el primero.

En la STC 44/2017, de 27 de abril el Tribunal resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los Grupos Parlamentarios Socialista, IU, ICV-EUIA, CHA, La Izquierda Plural; Unión para el Progreso y la Democracia y Mixto, puede comprobarse la coincidencia de los grupos recurrentes con su posición en la relación entre los artículos 26.2 y 36.2 y la diferencia con el artículo 36.1.h) LBRL:

«Consagrada una cuestionable competencia supervisora, el artículo 36.1.h) contempla una irreprochable fórmula de intervención provincial consistente en una oferta de colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios. Por el contrario, la nueva competencia de coordinación provincial incorporada en el artículo 36.1.c) que también se proyecta indiscriminadamente a la generalidad de los municipios, concretada en el artículo 36.2 LBRL, faculta en términos imperativos a la diputación para imponer a los municipios afectados la fórmula de prestación que considere pertinente».

Dado que la nueva competencia provincial afecta a los servicios de obligada prestación por los municipios, considerados por el Tribunal expresión del núcleo de autogobierno municipal, la mera participación en la elaboración del plan no guarda proporción con el interés municipal afectado. Análogo pronunciamiento hará en la STC 45/2017, de 27 de abril con motivo del recurso interpuesto por el Parlamento de Andalucía sobre el mismo objeto.

El TC, remitiendo a la STC 109/98 donde, por vez primera, se pronuncia sobre el contenido esencial de la autonomía provincial, recuerda que en la doctrina allí sentada: «el “núcleo” funcional característico de la diputación, en cuanto entidad local “determinada por la agrupación de Municipios”» consiste en la asistencia y cooperación con los municipios. Este núcleo funcional estaría «enraizado» en el artículo 141 CE, a partir de este mínimo el legislador básico puede configurarlo, «delimitando “las atribuciones de las Diputaciones Provinciales”», con mayor o menor amplitud. Las atribuidas a la diputación en el artículo 36.2 LBRL constituyen una de las opciones posibles. Por tanto, «Al regular facultades de coordinación provincial de la actividad municipal el Estado está desarrollando...» el mínimo de la autonomía provincial constitucionalmente garantizado.

El legislador básico, ponderando entre los principios de autonomía municipal y de estabilidad presupuestaria, ha decidido elevar la autonomía provincial y reducir la municipal⁸. Esta opción es plenamente compatible con el núcleo garantizado a los Municipios en el artículo 140 CE. La competencia atribuida a la provincia en el controvertido artículo 36.2 LBRL es de «coordinación en sentido estricto» que, en consecuencia, implica un «límite efectivo al ejercicio de las atribuciones municipales». Para que la ponderación entre los principios de autonomía municipal y estabilidad presupuestaria guarden la concordancia práctica requerida, deben observar los criterios de especificidad en la atribución, suficiencia en la determinación y responder a la protección de intereses supramunicipales.

En sentido opuesto, «una amplia indeterminación normativa» supondría dejar en manos de la diputación «la forma y el alcance» de su «cierto poder de dirección» sobre los municipios; un poder «autoatribuido» contrario a la doctrina constitucional asentada. La atribución a la diputación de facultades coordinadoras en sentido estricto debe salvaguardar la titularidad de la competencia municipal y la capacidad decisoria del municipio, según la doctrina constitucional, «tendencialmente» correlativa al interés municipal del servicio.

El Tribunal, a continuación, examina la concurrencia de estos criterios para el ejercicio de la competencia atribuida a las diputaciones en el artículo 36.2; a diferencia de la indeterminación del artículo 36.1, en el

⁸ La provincialización de la autonomía local, Bassols Coma (2014, p. 32).

36.2 LBRL es apreciable una mayor concreción vinculante de las competencias atribuidas por la LRSAL: la coordinación se hace efectiva a través de la potestad de planificación, el plan provincial de obras y servicios, una concreción vinculante pese a la indeterminación de las «las fórmulas de prestación unificada o supra-municipal» que la diputación «incluirá» en el plan.

El hecho que autoriza la inclusión es objetivo: la detección de coste superior en la prestación de servicios a los coordinados o prestados por la diputación con el objetivo de reducirlos y, al tiempo, «proteger intereses supramunicipales» justificados por «la eficiencia en el uso de los recursos públicos y la estabilidad presupuestaria».

El sacrificio de la autonomía municipal requerido por la estabilidad presupuestaria debe preservar la titularidad de las competencias municipales, su ejercicio corresponde siempre al ayuntamiento sin que la diputación pueda suplantarlos. Los municipios «deben participar» en la elaboración del plan y en la valoración de la conveniencia u oportunidad de la fórmula elegida por la diputación. Finalmente, en la provincia están representados los municipios a través de los concejales designados como diputados que, además de participar en la elaboración del plan y en la elección de la fórmula adoptada, participan en su aplicación y desarrollo.

Aun así, la mayor concreción del artículo 36.2.a) LBRL «no predetermina suficientemente la competencia provincial... ni precisa...» los requisitos que aseguren la correspondencia entre el interés municipal y su capacidad decisoria, ni las reglas para valorar la conveniencia de una u otra fórmula, tampoco las condiciones para promover las más «livianas» como estimular la creación de mancomunidades o las más «penetrantes» como la imposición de fórmulas de gestión indirecta. Esta indeterminación puede traducirse en técnicas de coordinación respetuosas de la autonomía municipal o, por el contrario, lesivas. El Tribunal, lo veremos a continuación, siguiendo el criterio de considerar fuera de lugar el carácter «autoatribuido» de la coordinación provincial, procede a una discutible sentencia interpretativa.

El artículo 36.2 LBRL sería contrario a la garantía constitucional de la autonomía municipal si se interpretara como «unas facultades de coordinación» cuyo recorrido, unilateralmente, fijara la propia diputación al desarrollar las potestades planificadoras.

Hay otra interpretación, igualmente fundada, pero conforme con la Constitución. Las bases no estarían aquejadas de indeterminación sino que, por su propia naturaleza, ni pretenden ni están autorizadas a pretender la regulación exhaustiva, dejan margen para la configuración legal (el TC reconoce que, en el aspecto competencial la relación de los municipios con la comunidad autónoma es más natural e intensa que con el estado) bien de las leyes de régimen local, bien de la legislación sectorial autonómica.

De ahí que la indeterminación no deba ser calificada como deficiente técnica legislativa sino como deferencia obligada hacia el legislador correspondiente que desarrollará la previsión básica en una materia concreta. Son estas normas de desarrollo las llamadas a precisar las facultades coordinadoras de la diputación, ponderando la prescripción básica de tomar el coste efectivo como parámetro y la proporcional capacidad decisoria del municipio en función del interés municipal afectado.

4. LA CONFORMIDAD DE LOS MUNICIPIOS NO CONVIERTE LA COORDINACIÓN PROVINCIAL DEL ARTÍCULO 26.2 LBRL EN COOPERACIÓN O ASISTENCIA

Se clarifican así las ideas sobre la ausencia de legitimación pasiva del municipio y el entendimiento de la conformidad municipal como un requisito en la obligada elaboración del plan por la Diputación.

La STC 152/2016, de 22 de septiembre, ofrece un supuesto de complemento autonómico que, por analogía, proporciona claves para determinar los efectos jurídicos de la cláusula «conformidad de los municipios afectados». En esta sentencia el Tribunal resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local planteado por el Ayuntamiento de Abrucena y otros 111 municipios contra diez de los artículos de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía. En primer lugar, declara que el punto de partida es la competencia autonómica para regular las competencias propias de los municipios en el marco de los principios constitucionales, las bases de régimen local y, eventualmente, los estatutos de autonomía.

En la STC 41/2016 el Tribunal reconoce que las bases estatales han sido poco incisivas en condicionar a los legisladores sectoriales autonómicos; con la aprobación de la LRSAL los requisitos se han vuelto más estrictos, pero el legislador autonómico conserva la prerrogativa de establecer la graduación de la competencia municipal en función del «alcance e intensidad de los intereses locales y supralocales implicados», su poder configurador, respetando el contenido mínimo, dependerá de su voluntad más o menos descentrali-

zadora, una modulación política no susceptible de control jurisdiccional: «La autonomía local permite configuraciones legales diversas debiendo limitarse el juicio de constitucionalidad a comprobar si el legislador ha respetado la garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario de autogobierno, que les hace reconocibles en tanto que dotados de autogobierno».

Significativamente el Tribunal trae a colación el artículo 26.2 LBRL y el FJ 12 de la STC 111/2016 donde caracteriza el seguimiento del coste efectivo y la inclusión de fórmulas de prestación unificada o supramunicipal en el plan provincial como una potestad coordinadora con efectos limitadores sobre la competencia municipal. Recuerda que, pese a la indeterminación, la ley, fija una serie de requisitos que la diputación debe observar al ejercer la potestad planificadora (fundamentalmente la cualificada participación de los municipios no solo en la elaboración y aprobación del plan sino también en su aplicación y desarrollo). Ahora bien, la previsión básica es, jurídicamente, una norma incompleta y de remisión, necesitada de complemento normativo, serán los legisladores autonómicos de régimen local o los sectoriales los que la concreten.

En coherencia con lo anterior pasa el Tribunal a examinar la ley de aguas andaluza para determinar si vulnera o no la garantía constitucional de la autonomía municipal. A tal efecto, como señala en la STC 41/2016, las bases proporcionan pocos criterios para juzgar la constitucionalidad de las leyes sectoriales y debe volver a la doctrina constitucional sobre autonomía local. Los puntos a considerar, asumiendo el poder configurador del legislador autonómico, serían los siguientes: la concurrencia de intereses supralocales que legitimen la regulación autonómica y la garantía de una intervención municipal proporcional a la intensidad de sus intereses.

La atención ha de centrarse en el FJ 7 donde el Tribunal valora si «la integración en un sistema de gestión supramunicipal es contraria a la autonomía local», el mismo supuesto de la gestión compartida, mancomunada o consorciada, previstas en el artículo 26.2⁹. El Tribunal parte en el FJ 5 de la competencia reconocida por el Estatuto de Andalucía a los municipios para la ordenación y prestación del servicio básico de abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales. Esta regulación estatutaria desarrolla el artículo 25.2.c) de la LBRL que remite al legislador sectorial correspondiente para la atribución como competencia propia el abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. Además, según el artículo 26.1 LBRL los municipios están obligados a prestar los servicios de abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado. La prestación de servicios obligatorios viene impuesta por el Estado que, pese a recaer sobre una materia de competencia autonómica, no necesita «ulterior legislación autonómica» por tratarse de un derecho subjetivo del vecino.

En consonancia con la cuestión fundamental sobre la que el Tribunal debe pronunciarse, la compatibilidad de la integración obligatoria de los municipios en un sistema de gestión supramunicipal con la autonomía local constitucionalmente garantizada, en este FJ7 expone con detenimiento el nuevo artículo 26.2 LBRL. Reproduce el fundamento jurídico 12 de la STC 111/2016, de 9 de junio, recordando que el artículo atribuye a la Diputación la competencia para la coordinación de los servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. Una modalidad de gestión supramunicipal que «se descarta que ponga en riesgo la autonomía constitucionalmente garantizada» toda vez que el municipio puede o no prestar su conformidad a la fórmula propuesta por la Diputación.

No pasa inadvertido que, a continuación, se alude al seguimiento por la Diputación de los costes efectivos en la prestación de los servicios municipales, previsto, no en el artículo 36.1.h) sino al del artículo 36.2.a) LBRL y si comprueba que son mayores que los por ella prestados o coordinados, incluirá «fórmulas de prestación unificada o supramunicipal» para reducirlos. El Tribunal declara que la coordinación regulada en este artículo atribuye a la provincia «una potestad de cuyo ejercicio pueden resultar decisiones de obligado cumplimiento para los municipios de su ámbito territorial con relación a la gestión de los servicios de su titularidad». Un supuesto análogo al del artículo 32.4 de la Ley de Aguas de Andalucía: «El Consejo de Gobierno, en función de criterios técnicos y de viabilidad económica, determinará... el ámbito territorial de cada sistema para la realización de la gestión el agua de manera conjunta». El paralelismo es evidente, «la gestión de manera conjunta» y «la fórmula de prestación unificada o supramunicipal». Estas decisiones con efectos limitadores sobre el ejercicio de la competencia municipal se justifican por el imperativo de proteger intereses supramunicipales: «la eficiencia en el uso de los recursos públicos y la estabilidad presupuestaria». Igualmente, el apartado 4 del artículo 32 justifica la obligatoriedad de la gestión supramunicipal de los servicios del agua por «razones técnicas, económicas o ambientales».

⁹ El artículo 32.4 prescribe la integración obligatoria en la gestión supramunicipal del agua: «Será obligatoria la gestión de los servicios del agua por los municipios de uso urbano, cuando resulte necesario por razones técnicas, económicas o ambientales...».

La limitación en el ejercicio de la competencia municipal tiene su correlato en la del ejercicio de la competencia autonómica o provincial, lo que obliga a la necesaria ponderación de los intereses municipales y supramunicipales. La variable clave para la efectividad de este ejercicio ponderado de ambas competencias es el procedimiento para la gestión conjunta o compartida. En el caso del agua, el Consejo de Gobierno debe, preceptivamente, proponer el sistema de gestión supramunicipal, previa audiencia con los municipios afectados. Quizás quede la impresión de una intervención devaluada el solo derecho de audiencia (o la habitual emisión de informe) pero, como veremos más abajo, a la coordinación, entendida en sentido estricto, como capacidad decisoria con efectos limitadores en las competencias de las entidades coordinadas, precede una fase de deliberación y negociación para que el resultado final sea un acuerdo, esto es, la gestión conjunta a la que alude la Ley de Aguas de Andalucía; esta coordinación fruto de la transacción sería la «coordinación voluntaria» a la que se refiere la jurisprudencia constitucional (empleada la expresión por vez primera en el voto particular del Magistrado Rubio Llorente en la STC 27/87). De no prosperar la cooperación entraría en juego la acepción unilateral e impositiva de la coordinación.

El Tribunal reitera en esta sentencia la fundamentación desarrollada en la STC 111/2016 sobre el carácter local de agrupaciones (diputaciones) o asociaciones (mancomunidades) integradas por municipios en cuanto entidades locales básicas. En efecto, se trata de «entidades directamente relacionadas con los intereses de los municipios» que facilitan el ejercicio de los intereses supramunicipales y municipales. Este argumento resulta más adecuado en el caso de la coordinación provincial del artículo 26.2. «No se priva a los municipios de la titularidad de sus competencias pues el precepto se refiere a la forma de “gestión del servicio del agua por los municipios”». Sólo se ve limitado su ejercicio. Participan los municipios, además de la doble audiencia antes aludida en la determinación de la gestión conjunta del agua y en la supramunicipal de uso urbano, en la ejecución de las infraestructuras de aducción y depuración mediante los correspondientes convenios con la Junta de Andalucía (artículo 31.1).

Estas garantías procedimentales para asegurar la eficacia jurídica de la «conformidad municipal» encuentran refuerzos en el recurso a la jurisdicción contenciosa-administrativa en el caso de, por ejemplo, determinación arbitraria de las razones técnicas, económicas o ambientales exigidas por la ley, son requisitos objetivables cuya inobservancia puede ser restablecida por los tribunales. Una vez más es constatable la coincidencia con la STC 111/2016 cuando el Tribunal salvaguarda la constitucionalidad del artículo 26.2 y remite a la jurisdicción contenciosa si el plan elaborado o aprobado por la provincia ha eludido la conformidad municipal. Sumadas todas las garantías para los municipios en la gestión conjunta o supramunicipal del agua, el TC entiende guardada la necesaria correspondencia entre la intervención del municipio y la intensidad y alcance del interés municipal. El comentario que esta doctrina suscita se deja en suspenso hasta las conclusiones.

Merece la pena concluir este análisis jurisprudencial con la argumentación alegada y reiterada por la Abogacía del Estado en las sentencias comentadas. La STC 44/2017, de 27 de abril detalla algunos puntos de interés. Cuando valora los motivos de impugnación del artículo 36.2.a) afirma la inexistencia de atribución competencial a las diputaciones, se trata «de una simple invitación que no imposición, a la inclusión de fórmulas de prestación coordinada de servicios, sin afectar ni interferir en la titularidad o ejercicio de las competencias propias de los municipios». Sin embargo, al analizar el artículo 116 ter admite que la exigencia del cálculo del coste efectivo de los servicios «Tiene importantes implicaciones competenciales, pues es determinante de la coordinación a cargo de las Diputaciones Provinciales (artículo 26.2) y del contenido de los planes provinciales de cooperación para la prestación de obras y servicios (artículo 36.2 LBRL)». Esta incongruencia entre una supuesta invitación (asistencia potestativa para el municipio) y la imposición limitadora del ejercicio de los municipios coordinados, obligaría a revisar la tesis sobre la voluntariedad en el requisito de conformidad municipal. Pero el Abogado del Estado no la realiza. Una muestra más de la confusión interpretativa del precepto.

5. LA SINGULARIDAD DE LA COORDINACIÓN Y LA COOPERACIÓN PROVINCIALES

A estas alturas de la argumentación, los términos coordinación y cooperación deben experimentar las modulaciones pertinentes al aplicarlos a las relaciones institucionales entre provincias y municipios. Alejandro Nieto demanda rigor para definir la coordinación provincial¹⁰. Si definir implica acotar y limitar el signifi-

¹⁰ Nieto (1991, pp. 145-165).

cado de un término, la polisemia y la sinonimia del término coordinación exige definir la especificidad de la coordinación provincial. El obstáculo fundamental para este propósito es su uso acrisolado en las teorías del federalismo. Cabe añadir al razonamiento convincente del ilustre jurista que las relaciones de coordinación se han concebido para regular las relaciones entre diferentes niveles de gobierno y la provincia y los municipios integran un mismo nivel de gobierno, el local.

Las competencias provinciales, de carácter funcional, se proyectan no sobre materias sino sobre las competencias municipales, bien para asistirlas, dotándolas de la capacidad de gestión necesaria en aras de la efectividad del principio de subsidiariedad (artículo 36.1.b), bien para coordinarlas con el fin de garantizar la prestación integral de los servicios municipales (artículo 36.1.a) LBRL. No responde al criterio de la función coordinadora entre diferentes niveles de gobierno: flexibilizar el ejercicio de unas competencias definidas en su titularidad como exclusivas.

Aunque resulte forzada la argumentación, la diputación no delimita un interés provincial de un interés municipal, garantiza el equilibrio intermunicipal en el ejercicio de las competencias municipales para que la asistencia prestada a determinados municipios no perjudique al resto. Quizás el término más adecuado sea el de asistencia que no se refiere al ejercicio de una competencia concurrente o compartida que obligue a flexibilizar el ejercicio de ambas. La LBRL parece diferenciar cooperación y asistencia, pero en rigor, la diputación no coopera con los municipios para conseguir un objetivo común que, por separado, no alcanzarían, sino que los asiste para que la falta de capacidad de gestión no impida el ejercicio de las competencias de su titularidad. Ni la asistencia ni la coordinación provincial pueden privar al municipio de la competencia, eventualmente, como hemos reiterado, sólo limitar su ejercicio. La conclusión podría enunciarse de la siguiente forma: la diputación está obligada a gobernar con los municipios, tomar en consideración las solicitudes municipales para asistirlas o las prioridades por ellos fijadas para ejercer las funciones planificadoras, pero las facultades, constitucionalmente atribuidas a la diputación de gobierno y administración de la provincia (artículo 141 CE), autorizan a, llegado el caso, no satisfacerlas o a imponer un determinado ejercicio en garantía de la prestación integral de los servicios municipales.

La LBRL no precisa cuando procede la asistencia y cuando la coordinación, pero esta imprecisión no es óbice para que la coordinación provincial responda a los mismos principios y funcionamiento que la coordinación de las provincias por la comunidad autónoma. En el itinerario prescrito para la elaboración del plan, la provincia debe contar con la participación municipal y atender las prioridades fijadas desde los municipios; si las considera gravosas para otros municipios tratará de acordar con los afectados de rebajar la amplitud o el cambio de sus propuestas.

La idea aparece perfectamente expuesta en el artículo de L. Morell sobre la coordinación¹¹: «La coordinación no es sólo un imperativo de productividad en el contexto de las acciones plurales...», no cabe la planificación regida por la racionalidad unilateral coste-beneficio, minimizando medios y maximizando fines, el proceso es más complejo: «es también exigencia que se hace presente con carácter previo: se han de coordinar antes de emprender cualesquiera acciones, las distintas aspiraciones e intereses de los sujetos y grupos que habrán de llevarlas a cabo»¹². En el caso que nos ocupa, la gestión integral en la prestación del servicio de acceso al núcleo de población, el coste efectivo como parámetro económico ponderado con las características del entorno demográfico o geográfico de los municipios, para que los afectados presten su aquiescencia a un plan de elaboración conjunta, resultado del asentimiento común en lugar de impuesto, «Coordinación no es siempre un conjunto de actividades “racionales” —entendidas como las mejores—, sino las posibles, a partir de los intereses no coincidentes en los actores»¹³.

Congruente con este principio es iniciar el procedimiento para la elaboración del plan con el horizonte de la coordinación como un resultado comúnmente adoptado antes que, como el empleo de una determinada potestad planificadora, «lo adecuado es atenerse a un determinado modo de ejercicio de las actividades de que se trate... de sustantivar los criterios a que atenerse en el ejercicio, por cada uno de los sujetos en el ejercicio de la propia competencia». He aquí el doble sentido de la coordinación: el delicado equilibrio entre el fin (resultado) de la aplicación de un principio general del derecho para el buen funcionamiento de las

¹¹ Morell Ocaña (1992, pp. 75-129).

¹² Este es el sentido de los artículos 12 y 13 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía. El término concertación trata de sintetizar la doble fase cooperadora y coordinadora en la relación institucional entre provincia y municipios.

¹³ La diferencia entre eficiencia operativa y eficiencia adaptativa elaborada por L. Metcalfe para diferenciar la gestión pública de la empresarial, describe perfectamente la secuencia cooperación-coordinación. No en balde L. Morell advierte las connotaciones de «ciencia de la administración» del concepto de coordinación inaprehensibles con la sola acepción jurídica.

administraciones, y una potestad o competencia (el medio) atribuida a una de ellas para conseguirlo, con las certeras palabras de A. Nieto: «Colocada la coordinación en este nivel superior de objetivo final, adquiere una desmesurada importancia, de la que el legislador es consciente, puesto que le dedica una atención especial en un doble sentido: imponer su realización por un lado, y cuidar de que no produzca excesos por otro, para que no afecte a la autonomía (de las entidades coordinadas)». Con arreglo a estas premisas la interpretación adecuada de los términos cooperación y coordinación en el artículo 36 de la LBRL sería el de una secuencia ordenada que empieza por la cooperación y que puede concluir con la coordinación, bien comúnmente acordada, bien excepcionalmente impuesta; significativamente el plan es de cooperación, la cooperación debe ser el medio para conseguir el fin de la coordinación. Si la diputación pretendiera coordinar obviando la cooperación previa, estaría incurriendo en ilegalidad¹⁴.

Este largo proemio para determinar el ámbito de la coordinación atribuida a la provincia por el artículo 26.2 LBRL y el de la relevancia de la conformidad municipal, proporciona la argumentación para resolver el expediente sobre los accidentes de circulación en el acceso al núcleo de población del municipio. La hipótesis es la siguiente: la diputación, *ope legis*, debe elaborar un plan de coordinación, con independencia de los efectos jurídicos que se atribuyan a la conformidad municipal, bien se interprete en sentido amplio, como la plena disposición del municipio para sumarse o no a la coordinación provincial, sea mayor o menor el coste efectivo de su prestación que el coordinado o prestado por la provincia; bien en sentido estricto, en el que, de entrada, todos los municipios quedan sujetos a la coordinación provincial y sólo el municipio se situaría al margen de la coordinación acreditando prestarlo, ante la propia diputación, a menor coste efectivo que el prestado o coordinado por la diputación. Aunque pudiera parecer paradójico, el municipio tiene derecho a la referencia de un coste efectivo para decidir si se acoge a la prestación o coordinación provincial o lo presta por sí mismo.

El sentido de la coordinación en este artículo es la asistencia al municipio para la rebaja del coste efectivo en la prestación del servicio de acceso al núcleo de población; la asistencia es obligatoria para la provincia, pero potestativa para el municipio. En el caso del artículo 26.2 LBRL la asistencia provincial es obligatoria y el municipio, aun conservando la titularidad de la competencia, debe modular su ejercicio pres-tándolo al coste efectivo propuesto por la diputación, su ejercicio. L. Morell diferencia entre límite y limitación, mientras que un límite define o acota un poder o deber jurídico, fijando los umbrales que permiten identificar «lo que queda dentro y lo que queda fuera», una limitación circunscribe su ámbito a lo que queda dentro. En el entorno o esfera de dicho poder quedan eliminadas determinadas posibilidades de decisión o actividad. El límite se relaciona con la titularidad, la limitación con el ejercicio.

6. LA «DIRECTRIZ» DEL MINISTERIO DE HACIENDA

Según el requerimiento cursado desde la Secretaría de Estado de Hacienda a través de la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local a las Presidencias de las Diputaciones, solicitado al Portal de Transparencia, se confirma la posición sostenida. La Secretaria General demanda la información necesaria «al objeto de tener conocimiento de la aplicación real del artículo 26.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, en su redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su Sentencia 111/2016, de 9 de junio.» Reproducida la literalidad del artículo considera transcurrido «un plazo lo suficiente dilatado para poder evaluar la efectividad de esta norma», esto es, su «aplicación real». Para tener conocimiento de esta aplicación se solicita información relativa al número de municipios acogidos a «esta fórmula de prestación coordinada», y los servicios objeto de coordinación provincial de los enumerados en el artículo 26.2.

A continuación la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local interpreta en sentido estricto el alcance de la conformidad municipal concretando la información demandada sobre la relación de municipios que han mantenido la prestación de esos servicios en los mismo términos que los venían haciendo al haber acreditado que su gestión municipal les genera un coste efectivo menor que el que se derivaría de la modalidad que, en su caso, hubiese propuesto por esa Diputación provincial o entidad equivalente. En sentido contrario los municipios que presten los mencionados servicios a coste efectivo superior que el

¹⁴ La STS 3 de abril de 1998 reproduce en términos literales algunos párrafos del capítulo de A. Nieto antes citado.

propuesto por la Diputación quedarían coordinados y limitado el ejercicio de su prestación al menor coste propuesto por la Diputación.

Aunque la Secretaría General no califica el escrito parece adecuado caracterizarlo como una directriz. El sentido jurídico de la directriz consiste en «una previsión de conducta a seguir por los destinatarios», al igual que una norma jurídica, pero con una diferencia fundamental: la directriz no crea derecho, no innova el ordenamiento jurídico, sino que lo aplica. El rasgo definitorio de la directriz es «la elección de una de las interpretaciones posibles de la norma: la más adecuada al fin perseguido».

Para la comprensión cabal de los efectos de una directriz es necesario abordar dos puntos. En primer lugar, «la prefiguración de la conducta de los destinatarios (en nuestro caso las diputaciones provinciales)» está en función de la finalidad de la directriz (la rebaja de los costes efectivos en la prestación de determinados servicios por unos determinados municipios) al objeto de contemplar en la norma «las exigencias derivadas del estándar de coordinación (el coste efectivo¹⁵)». De esta manera, consideradas las interpretaciones posibles, decantarse por la más idónea para el cumplimiento de los objetivos fijados (la eficacia para asegurar los principios constitucionales de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera). En el caso analizado la directriz «concreta el modo de ejercicio» de la competencia provincial de coordinación. Para terminar este comentario sobre la notificación de la Secretaría General a las Diputaciones provinciales conviene recordar el criterio fijado por la jurisprudencia constitucional de la posibilidad de adoptar medidas coordinadoras inherente a las bases estatales: «correspondiendo al Estado como competencia exclusiva establecer las normas para coordinar la llevanza del catálogo por la Comunidad Autónoma con la debida información al Estado sobre sus datos, así como las normas a las que habría de ajustarse aquella llevanza o cualesquiera otras que tengan carácter el carácter de básicas y sirvan a los citados fines de coordinación y cooperación» STC 71/83, de 29 de julio. Sustituyendo las comunidades autónomas por las diputaciones queda claro el sentido de esta solicitud de información. En nueva solicitud dirigida al Portal de Transparencia para que, si lo estima oportuno, la Secretaría General confirme o no si el escrito admite la calificación de directriz y si la interpretación del artículo 26.2 LBRL es la sostenida. La respuesta recibida niega que se trate de una directriz interpretativa, es una mera solicitud de información sin más pretensiones que el conocimiento del estado de la cuestión. Esta respuesta es discutible. Valore el lector imparcial los términos del escrito.

7. LA DISCUTIBLE DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE LA AUTONOMÍA PROVINCIAL Y LA NECESIDAD DE INTERMEDIACIÓN LEGAL AUTONÓMICA PARA EL EJERCICIO DE LA POTESTAD PLANIFICADORA POR LAS DIPUTACIONES

La ausencia de legislación autonómica en desarrollo del artículo 26.2 no libera a la Diputación de la obligación de aprobar el plan previsto.

El Tribunal admite la atribución de competencias de coordinación en sentido estricto a las diputaciones por el legislador básico con la consiguiente limitación para el ejercicio de las competencias municipales. Esta posibilidad está autorizada en los artículos 137 y 141 CE (queda la duda si forma parte del núcleo enraizado o del poder configurador del legislador básico) a condición de respetar el núcleo de autogobierno municipal. Al objeto de garantizar este mínimo la coordinación ha de reunir una serie de requisitos: especificidad en la atribución y suficiencia en la determinación, por una parte y, por otra, justificación por la concurrencia y protección de intereses supramunicipales. Las competencias atribuidas, en todo caso, en el artículo 36 LBRL a la provincia presentan, según el Tribunal, la indeterminación propia de las bases estatales, «están atribuidas de manera muy general»; a pesar de esta indeterminación este artículo 36.2.a) LBRL «perfila» la función coordinadora de la diputación con el fin de ponderar los intereses supramunicipales y los municipales al regular el procedimiento para la elaboración y aprobación del plan provincial de obras y servicios en el que los municipios deben participar; el plan, a su vez, consiste en «fórmulas de prestación unificada o supramunicipal» de contenido y alcance indeterminado dirigidas, entre otros fines, a la reducción de los costes efectivos. Esta ausencia de predeterminación legal autorizaría a la diputación a fijar unilateralmente el «cierto poder de dirección», propio de la coordinación.

Sin embargo, el carácter incompleto y de remisión, necesitado de complemento normativo de las bases, impide que las diputaciones ejerciten la potestad planificadora libremente. El Tribunal equipara las compe-

¹⁵ Una vez más la cita del artículo de Morell Ocaña (1992, pp. 126-128).

tencias provinciales al listado de materias en el que la legislación sectorial, fundamentalmente autonómica, debe atribuir competencias a los municipios.

La doctrina constitucional sobre la «instrumentalidad» de la potestad coordinadora con respecto a las competencias de cooperación y asistencia de la diputación, la expone el Tribunal en la STC 109/98, de 21 de mayo dictada con motivo de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. El Tribunal proponente (también el Fiscal General del Estado) entiende que el Plan Único elaborado por la Generalidad, en modo alguno, puede erigirse en «mecanismo sustitutorio» de los planes provinciales de las diputaciones catalanas. En lo relativo al plan, el artículo 36.2 LBRL está explicitando «una atribución mínima» de la autonomía provincial garantizada en el artículo 141 CE. Hay que recordar la distinción, revisando la equiparación hecha en jurisprudencia anterior, expuesta en esta sentencia sobre la inconstitucionalidad mediata o indirecta (respecto de la constitución) e inmediata (respecto de la LBRL) efectuada, por vez primera y expresada en la STC 11/99 en términos más precisos: la relación entre los artículos 137; 140 y 141 no son «coextensos» con el 149.1.18 CE¹⁶.

Al abordar «la vertiente funcional de la autonomía provincial» considera «enraizado» (el término lleno de plasticidad empleado en la STC 159/2001) en el artículo 137 «un mínimo competencial» concretado en competencias propias de obligada atribución al ente local para que «(sus) órganos representativos» dispongan «de aquellas potestades sin las que ninguna actuación autónoma es posible». La imposibilidad de concebir una competencia carente de potestades, sin embargo, se ve desmentida a lo largo de la fundamentación jurídica (FJ 7) cuando diferencia entre «las competencias propias de las Diputaciones Provinciales –citadas en el artículo 36 LBRL– y lo que, de otra parte, no puede estrictamente calificarse sino como actividades instrumentales previstas por el legislador básico para el desempeño de algunas de dichas competencias...». El Plan Único sustituye la técnica sin, supuestamente, eliminar la competencia, esto es, limita el ejercicio, pero preserva la titularidad. Cuesta trabajo entender que una de las potestades reconocidas a las entidades locales (artículo 4.1 LBRL), como la planificación, tiene un carácter instrumental¹⁷.

Es cuestionable esta «vinculación positiva» de las competencias provinciales, atribuidas por el legislador básico, a la intermediación de la legislación autonómica. Con excepción de la Ley de Autonomía Local de Andalucía 5/2010, de 11 de junio, ninguna comunidad autónoma ha promulgado legislación de desarrollo que habilite a las diputaciones provinciales para la elaboración y aprobación del plan de obras y servicios. La potestad planificadora es consustancial a la competencia de coordinación, una competencia se define como potestades (funciones) sobre materias, el carácter funcional de las competencias provinciales las proyecta no sobre materias sino sobre las competencias municipales. La privación de la potestad planificadora merma, prácticamente suprime, el ejercicio de la competencia de coordinación. Teniendo en cuenta, además, la asociación efectuada por el legislador básico entre las competencias provinciales y la prestación de los servicios obligatorios municipales, la exigencia de vinculación positiva afecta negativamente al mínimo constitucionalmente garantizado de la autonomía provincial; difícilmente podrá la Diputación, carente de potestades planificadoras, cumplir la previsión del artículo 141 CE: el gobierno y la administración de la provincia.

De hecho, el Tribunal Supremo no ha planteado cuestión de inconstitucionalidad cuando ha resuelto los asuntos litigiosos relacionados con el plan provincial. Ha fundamentado los pronunciamientos en preceptos de la LBRL, por ejemplo, la observancia de la secuencia temporal de cooperación y coordinación en la elaboración del plan. La Diputación debe cooperar asumiendo la prioridad de la obra fijada por el Municipio no puede obviarla imponiendo otra conforme a su competencia coordinadora; ahora bien si la prioridad fijada por el Municipio menoscabara el equilibrio intermunicipal, quedaría legitimada la imposición aneja a la coordinación.

La legislación autonómica de Andalucía en desarrollo de la LRSAL, Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen Medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27 de Diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, reguló el doble informe de ausencia de duplicidad y garantía de sostenibilidad financiera del artículo 7.4 pero no de los artículos 26.2 y 36.2 LBRL. El Tribunal remite en ambos casos a los planes «aprobados al amparo de la norma legal de referencia» (artículo 26.2) o a la «legislación autonómica sobre régimen local o las regulaciones sectoriales (que) hayan de concretarlas».

¹⁶ El Tribunal acoge, en parte, la argumentación presentada por la representación procesal de la Generalitat en la STC 214/89, reiterada en esta sentencia.

¹⁷ Merece la pena leer el juicio tan severo como fundado de Aragonés (2003, pp. 93-134), Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: «El argumento resulta más bien un sofisma, porque a través de lo que se dice actividad instrumental, lo que en realidad se afecta es la competencia propia...».

Habría que preguntarse si la ausencia de esta normativa autonómica justifica el incumplimiento de la Diputación en la aprobación de los planes requeridos por ambos artículos. De la misma manera que la prestación de los servicios del artículo 26.1 no necesitan intermediación legal, tampoco las competencias provinciales diseñadas para la garantía de su prestación.

8. BALANCE SOBRE LA POLÉMICA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 26.2 LBRL

El carácter interpretativo de parte de las sentencias dictadas por el TC con motivo de los recursos planteados contra la LRSAL y la remisión a la legislación de desarrollo debido a la naturaleza «principal» de las bases, sume al artículo 26.2 LBRL en un limbo jurídico. Esta situación queda corroborada al comprobar que la Diputación no ha aprobado plan alguno ni los municipios lo han reclamado. Es un artículo fruto del «acarre» propio de la negociación política y de la corrección a la vista de los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado. Si la pretensión de la LRSAL fue, en un primer momento, reducir la autonomía municipal fijando un techo a las competencias que las comunidades autónomas atribuyeran a los municipios y, frustrada esa vía, centrara la atención en reducir el coste de los servicios municipales, pocas dudas caben para afirmar que esta pretensión también ha resultado fallida.

El problema radica en la «elasticidad infinita» del mínimo competencial constitucionalmente garantizado y en la correlativa «elasticidad infinita» de la configuración legal, tanto por las bases como por la legislación sectorial, con una diferencia fundamental: en materia de competencias las bases son casi irrelevantes. Con vistas a una reforma constitucional «la ordenación de las competencias locales precisa de una reordenación, pero parece que debería abordarse en el modelo del Estado de las Autonomías»¹⁸.

A la vista de lo expuesto, de acuerdo con el título jurídico de la imputabilidad establecida en el artículo 26.2, la competencia para la instrucción del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial correspondería a la Diputación Provincial.

Esta atribución se fundamenta en las funciones anejas a la potestad de planificación, por ejemplo, la eventual contratación. Será la Diputación la que contrate las obras necesarias para el mantenimiento o reparación del acceso al núcleo de población.

No hay responsabilidad concurrente (artículo 33.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público), porque el municipio limita su intervención, en este caso, a acogerse o rechazar la coordinación provincial en función del coste efectivo ofrecido por la Diputación o acreditado por el municipio. El problema es la ausencia del correspondiente plan por parte de la Diputación. No obstante el carácter obligatorio de la asignación legal, las diputaciones no han elaborado el plan ni ha propuesto a los municipios la modalidad decidida.

El municipio no es sujeto de legitimación pasiva pese a ser titular de las vías y calles, evidencia que no lo convierte en pasivamente legitimado. Tras analizar el diferente régimen jurídico de las competencias, el carácter funcional de las competencias provinciales y el material de las municipales se infiere una concurrencia competencial sobre las mismas materias, pero no una concurrencia de responsabilidades.

Fundamento jurídico conforme a los artículos 11 y 13 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía que, significativamente, eluden los términos coordinación y cooperación y dotan a la asistencia de precisión jurídica.

9. CONCLUSIONES

La mejor manera de sistematizar la instrucción y resolución de expediente es el recurso a la metáfora del matrimonio y el divorcio para enmarcar las relaciones institucionales entre provincia y municipios reguladas en el artículo 26.2. Sería esta la manera más gráfica de exponer las diferentes vertientes apuntadas por el Consejo de Estado.

De entrada, la ley prescribe un matrimonio forzoso que solo admite el divorcio si el municipio acredita la prestación del servicio a coste efectivo menor que el prestado o coordinado por la Diputación. Esta primera posibilidad implica que si el municipio lo prestara a coste efectivo superior queda sujeto al matrimonio impuesto.

¹⁸ Bassols Coma (2014, p. 29).

En el caso de prestar el servicio a coste inferior permitiría al municipio contraer matrimonio con la Diputación voluntariamente pero si, transcurrido el tiempo, decidiera divorciarse, tendría que asumir el coste de acreditar ante la propia Diputación un menor coste efectivo. Este requisito preceptivo semejaría al convenio regulador y la liquidación del régimen económico matrimonial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aragónés Beltrán, E. (2003). Incidencia del artículo 9.1 de la Ley 5/1987, de régimen provisional de las competencias de las diputaciones provinciales. En F. M. Caamaño Domínguez (coord.), *La autonomía de los entes locales en positivo* (pp. 93-134). Fundación de Democracia y Gobierno Local.
- Barrero Rodríguez, C. (2017). La situación actual de las diputaciones: Los extremos esenciales de un debate por resolver. En L. Parejo (dir.) y A. Arroyo (coord.), *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios* (pp. 315-360). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Bassols Coma, M. (2014). La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera: panorama general. *Cuadernos de Derecho Local*, 34, 21-48.
- Fernández Farreres, G. (2017). Qué hacer con las diputaciones provinciales (Presupuestos y límites constitucionales para su reforma). En L. Parejo (dir.) y A. Arroyo (coord.), *El futuro de la Administración local y el papel de los Gobiernos locales intermedios* (pp. 55-101). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Medina Guerrero, M. (2014). La reforma del régimen local: una honda transformación de las relaciones intergubernamentales. *Cuadernos de Derecho Local*, 34, 147-161.
- Morell Ocaña, L. (1992). La coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas con la Administración Local. *Documentación Administrativa*, 230-231, 75-132. <https://doi.org/10.24965/da.v0i230-231.5287>
- Nieto, A. (1991). Cooperación y asistencia. En R. Gómez-Ferrer Morant (coord.), *La provincia en el sistema constitucional* (pp. 147-168). Diputación de Barcelona – Editorial Civitas.
- Ortega, L. (2003). La cooperación a las inversiones locales más allá de los planes provinciales. Especial referencia a la situación de Cataluña del Plan único de obras y servicios. *Anuario del Gobierno Local*, 1/2003, 291-306.
- Sánchez Morón, M. (1992). La coordinación administrativa como concepto jurídico. *Documentación Administrativa*, 230-231, 11-30. <https://doi.org/10.24965/da.v0i230-231.5284>