



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 0 / 1 9 9 6

La Laguna, a 13 de junio de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno en relación con el *"Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 14/90, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias"* (EXP. 70/1996 ATP)*.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen, interesado preceptivamente por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno -arts. 12.a) y 10.3.d) y e) de la Ley 4/1984, constitutiva de este Consejo- por el procedimiento de urgencia a que hace referencia el art. 15.2 de la Ley 4/1984 -urgencia que expresamente se fundamenta "en la necesidad de que el (...) Proyecto de Ley entre en el Parlamento en el actual período de sesiones"- formaliza la opinión de este Consejo Consultivo respecto del grado de adecuación jurídica del Anteproyecto de Ley de modificación parcial de la Ley 14/1990, de 26 de junio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, al parámetro de constitucionalidad, estatutoriedad y legalidad que resulte de aplicación.

Con la iniciativa que con dicho Anteproyecto se prepara se pretende modificar ciertos preceptos de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias. Concretamente, los arts. 45.2 (ordenador del preceptivo trámite de audiencia previa a los Cabildos insulares respecto de los Anteproyectos de Ley o Proyectos de Decreto de transferencia/delegación; Proposiciones de Ley; y Planes y programas a aprobar por el Gobierno o sus

* **PONENTE:** Sr. Trujillo Fernández.

* **VOTOS PARTICULARES:** Srs. Petrovelly Curbelo y Fernández del Torco Alonso.

Departamentos); 52 (ordenador del régimen de la delegación de funciones); 53.1 (atinente a la situación estatutaria del personal administrativo autonómico afecto por la delegación de funciones); y 54.b) (regulador del régimen de recursos contra actos del Cabildo insular emitidos en el contexto de funciones delegadas). Se añade finalmente un apartado 2 a la vigente disposición adicional segunda, relativo a la delegación en los Cabildos Insulares de competencias y funciones precisas en materia de gestión de personal respecto de las funciones delegadas.

2. El Anteproyecto que ahora se analiza tiene por objeto materias cuya vigente regulación había sido ya objeto de consideración por este Consejo Consultivo.

En efecto, el Dictamen 1/1985 de este Consejo se emitió precisamente respecto del Anteproyecto de Ley regulador del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias. La Ley resultante, una vez concluido el procedimiento legislativo (Ley 8/1986, de 18 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas Canarias), fue posteriormente modificada por Ley 14/1990, de 26 de junio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, cuyo Anteproyecto de Ley fue, como era preceptivo, dictaminado asimismo por este Consejo (Dictamen 1/1989). Por otra parte, en el Dictamen 65/1994, de 15 de noviembre, emitido en relación con la Propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias, el Consejo tuvo ocasión de reafirmar la opinión ya expresada anteriormente en relación con la peculiar posición de los Cabildos respecto de los poderes o instituciones de la Comunidad Autónoma y la naturaleza, alcance y límites de la descentralización estatutariamente prevista, de funciones administrativas autonómicas en favor de los Cabildos insulares y su peculiar régimen jurídico que se singularizaba respecto de las denominadas competencias propias de las islas en cuanto ente local protegidas por ello por la garantía institucional de la autonomía local, en los términos que expresamente resultan de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, LRBRL.

La referencia a las opiniones sucesivamente emitidas por este Consejo en los referidos Dictámenes han de ser de nuevo traídas a colación al analizar el Anteproyecto sobre el que se recaba nuestro parecer, al haber permanecido inalterados durante todo ese tiempo los referentes normativos constitucionales, estatutarios y legales básicos desde los que dichas opiniones se formaron. Por otra parte, al tratar el Anteproyecto de una modificación de la misma, resulta obligado

partir de las soluciones adoptadas por la vigente Ley 14/1990 respecto de la descentralización de funciones administrativas autonómicas a los Cabildos insulares.

II

Conforme dispone nuestra Constitución (art. 137), el Estado se organiza territorialmente en Municipios, Provincias y en Comunidades Autónomas, entidades que gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. En congruencia con esta premisa, la Norma Fundamental garantiza la autonomía de los Municipios (art. 140 CE), reconoce el carácter de entidad local de la Provincia (art. 141.1), atribuyendo su gobierno y Administración autónoma a las Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo (art. 141.2), y dispone que "en los Archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos" (art. 141.4).

El ente local "Isla" tendrá su "administración propia", al margen de su pertenencia a una Provincia y de los Municipios que en ella existen. Más significativa resulta a este respecto la LRBRL, cuyo art. 2 hace extensiva a las islas la autonomía de gestión de sus intereses propios que el art. 1 predica de los Municipios, que son calificados por dicha Ley de entidades básicas de la organización territorial del Estado.

La Isla es, pues, una entidad local territorial -art. 3.1.c) LRBRL-, de régimen especial (art. 41.1 LRBRL) cuyo órgano de gobierno, administración y representación es el Cabildo el cual se rige por las normas de la LRBRL que regulan la organización, funcionamiento y competencias de las Diputaciones Provinciales, "sin perjuicio de las que les corresponden por su legislación específica" (art. 41.1 LRBRL).

Quiere decirse que el Cabildo es órgano de gobierno del ente local "Isla", calidad en la que desempeña las competencias propias de tal condición, aunque puede recibir en su acervo competencial por los procedimientos que luego se analizan el ejercicio de determinadas funciones que exceden el interés "simplemente local". La determinación de esta especificidad remite ineludiblemente a lo que al respecto dispone el Estatuto de Autonomía.

Según éste, los poderes de la Comunidad Autónoma se ejercen a través del Parlamento, del Gobierno y de su Presidente (art. 7.1), mientras que dispone -

reiterando la norma del art. 141.4 de la Constitución (sin tener en cuenta su contexto, en el que sí tiene sentido el adverbio "además", pero no en la norma estatutaria)- que "las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos, que seguirán regulándose por su legislación específica. Ejercerán asimismo, las funciones que este Estatuto les reconoce" (art. 7.2).

Asimismo, en la Sección III del Título I EACan ("Del Gobierno de los territorios insulares") se contiene el art. 22, de cuya exégesis resulta lo siguiente: 1) Las instituciones de gobierno local de Canarias son los Cabildos insulares y los Ayuntamientos. 2) El Cabildo constituye el órgano de gobierno y administración insular. Tendrá autonomía plena en los términos que establece la Constitución y su legislación específica. 3) Los Cabildos desempeñan las funciones que les son reconocidas como "propias"; las que se les "transfieran o deleguen por la Comunidad Autónoma" y la "colaboración en el desarrollo y la ejecución de los acuerdos adoptados por el Gobierno canario. Asumen la "representación ordinaria" de la Administración autonómica en la isla y "ejecutan en su nombre" cualquier competencia que la Administración autonómica no ejerza directamente a través de órganos administrativos propios". 4) El Gobierno de Canarias "coordinará la actividad de los Cabildos" en cuanto afecte directamente al interés general de la Comunidad Autónoma.

Las Corporaciones Locales no son, en puridad, meras "Administraciones Públicas" en el significado técnico de la expresión. No lo son, evidentemente, pues trascienden los límites de este concepto; como tampoco lo son ni el Estado ni la Comunidad Autónoma. Pero es que ni siquiera los Cabildos o los Ayuntamientos son sus Administraciones en sentido estricto, sino sus órganos de representación, gobierno y administración, que actúan en su nombre, imputándose las consecuencias a la respectiva entidad-persona jurídica, sin que pueda confundirse dicha autonomía, que es consustancial con la existencia de las personas jurídico-territoriales de que se trata, con los posibles límites o condicionantes que se establezcan respecto a la realización de tales funciones. Límites que pueden variar según que aquellas sean "propias" -bien se trate de las mínimas previstas en la normativa básica, ya sean las que con tal carácter les son atribuidas por la leyes sectoriales autonómica-; "transferidas" o "delegadas". Por lo que resulta que las entidades locales canarias - esto es, las Islas y los Municipios existentes en el territorio de la Comunidad Autónoma- son propiamente elementos básicos de la organización territorial del

Estado -entendido en sentido general o global- que institucionalizan y gestionan autónomamente -en los términos previstos en la legislación básica y con sujeción al marco constitucional- los intereses de las correspondientes colectividades, asignándoseles a tal fin las oportunas competencias, siendo los Cabildos y Ayuntamientos sus respectivas organizaciones gubernativas y administrativas - integradas por sus particulares elementos personal, estructural y competencial-, las cuales, junto con el territorio y la población -insular o municipal- conforman los elementos esenciales o constitutivos de las indicadas entidades locales -Islas y Municipios- dotados éstos y no aquéllos de personalidad jurídica, según dispone el vigente Ordenamiento (cfr. arts. 140 y 141 CE, y 1,1 y 2; 3.1 y 2; 11.1 y 2, 25-28; 41.1 y 2 LRBRL).

Conviene además precisar que la entidad local a la que se atribuye autonomía, dentro de los términos de la legislación aplicable, tanto por la Constitución, indirectamente, como por la mencionada legislación (cfr. art. 7 LRBRL), es la Isla. En este sentido, la cita del art. 21.2 EACan, aunque sustancialmente correcta, ha de interpretarse adecuadamente, máxime cuando el propio precepto estatutario se remite, como no podría ser menos, a lo que se estableciera en aquélla; es decir, a la normativa básica sobre régimen local (cfr. art. 32.1 EACan). Por ello, el ejercicio de competencias de tal carácter (arts. 4.1 y 36 LRBRL) estaría más protegido por la autonomía orgánica-funcional atribuida a la Isla que representa el Cabildo, que el propio de una competencia transferida o, por supuesto, delegada.

Es decir, los Cabildos no son "copartícipes" de las competencias regionales -al menos, en la interpretación que asimila tal condición a "cotitularidad competencial" puesto que los mismos no son titulares constitucionales, estatutarios o legales de competencias autonómicas, ni tampoco pueden ejercer como tales titulares los poderes que se les transfieran o deleguen y aquellos otros de carácter administrativo que no realice la Administración comunitaria. Lo que no es sino la manifestación o el reflejo de la condición de "coadyuvantes estatutarios en la prosecución de los fines de la Comunidad Autónoma", según la calificación que con ocasión de similares consideraciones efectuó este Consejo en su Dictamen nº 1/1985, de 31 de octubre.

En definitiva, los Cabildos no son titulares de competencia autonómica alguna, incluidas las administrativas. Sólo lo son de las que se le asignen como propias,

incluidas las que, en su caso, se le atribuyan por la legislación sectorial comunitaria. Esto no sucede -no puede jurídicamente suceder- con una competencia transferida, cuya titularidad -y, consiguientemente la posibilidad de su matización, modificación o aún revocación- conserva su titular, la Comunidad Autónoma. Los Cabildos, con esas condiciones y las que adicionalmente pueda disponer la norma que formalice la transferencia, sólo son titulares *de su ejercicio*.

El Estatuto distingue entre funciones "propias", "transferidas" y "delegadas" de los Cabildos. Sea cual fuere el alcance e interpretación que se quiera dar a las funciones mencionadas, es incuestionable que el marco funcional en el que los mismos pueden actuar no es, en modo alguno, unívoco; antes al contrario, es múltiple, sin que sea lícito, ni correcto técnicamente, asimilar el régimen jurídico de todas y cada una de las funciones citadas, ni por ello, reconducir el modelo que se deduce del Estatuto a una uniformidad jurídica incompatible con el sistema diseñado por la Constitución y el Estatuto, cuyo desconocimiento puede llevar al cuestionamiento efectivo de la identidad e integridad de los poderes autónomo-comunitarios.

-- Siendo indubitada la naturaleza de la Isla como ente local, las funciones "propias" en pro de las que se articula la "autonomía" que el Ordenamiento les reconoce -que según el art. 3.1 de la Carta Europea de Autonomía Local implica el derecho de las entidades Locales a gestionar y ordenar una parte importante de los asuntos públicos-, son las que la legislación en esta materia le asigne en base precisamente a esa condición. En este sentido, el art. 7 de la LRBRL dispone que las competencias propias de los entes locales se ejercen "en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas". Debiendo significarse a este respecto que la asignación de lo que se podría llamar "competencia propia" puede realizarse por el Estado, fundamentalmente, que es quien tiene, básicamente, la responsabilidad de regular los aspectos orgánicos, materiales y funcionales de los entes locales. Pero cabe también la legislación de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia de régimen local -punto en el que debe traerse a colación lo que dispone el art. 32.1 EACan-, así como por la legislación sectorial.

Hoy por hoy, el "patrimonio" de competencias "propias" de los Cabildos insulares se encuentra definido nuclearmente en la LRBRL; particularmente en sus arts. 25 y 36

(que recogen los contenidos básicos competenciales mínimos que corresponden a los Ayuntamientos, Diputaciones y, por extensión, a los Cabildos), ejerciéndose como "competencias propias en régimen de autonomía", sin perjuicio de su planificación y coordinación por la Comunidad Autónoma mediante las técnicas previstas en la LRBRL.

Es decir, los Cabildos pueden incrementar el núcleo esencial de la autonomía local ostentando aquellas funciones que mediante Ley estatal o autonómica *en materia de régimen local y con tal condición* les sean asignadas; eventualidad prevista en el art. 2 LRBRL, a cuyo tenor "para la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las entidades locales la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas (...) según la distribución constitucional de competencias deberá asegurar a (...) las Islas su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses".

Esta especificidad del instrumento normativo (Ley en materia de régimen local que asigne funciones en este ámbito y con tal carácter) se constata en el art. 5.1 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico (LPAut), al decir que "sin perjuicio de las competencias que la legislación de régimen local, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, atribuya a las Diputaciones Provinciales, las Leyes de las Comunidades Autónomas podrán transferirles competencias propias de la Comunidad o delegarles su ejercicio, siempre bajo la dirección y control de ésta", debiéndose señalar que el art. 10 LPAut extiende este régimen a los Cabildos Insulares. Lo significativo de este precepto es que, tal como se ha venido sosteniendo, las funciones que se atribuyan con el carácter de "propias" lo deberán ser en una ley en materia de "régimen local", y en base a la habilitación competencial que en este específico ámbito material se desprende del "bloque de la constitucionalidad".

Por último, en este concreto ámbito, debe insistirse en que las competencias atribuidas con el carácter indicado, por incidir en el núcleo competencial esencial local, tienen, respecto del ente local afectado, una fuerte vinculación, que hace que las mismas sólo puedan ser "coordinadas", pues, en cualquier caso, se ejercerán por aquél en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad.

-- El segundo nivel funcional corresponde a las denominadas "funciones transferidas", cuya naturaleza y alcance pasamos a analizar seguidamente. En cualquier caso, por definición, las funciones "transferidas" son distintas de las que, con las características ya indicadas, denomina nuestro Ordenamiento "propias" y, como obligada y necesaria consecuencia, el régimen jurídico de unas y otras funciones ha de ser distinto. Al respecto, conviene señalar que la transferencia *no afecta a la titularidad de la competencia* que estatutariamente corresponde a la Comunidad Autónoma y permanece en ésta *sino a su ejercicio*, que puede efectuarse autónomamente por el ente receptor sin perjuicio de ciertas limitaciones específicas que prevea el ente que transfiere. Por ello, no parece adecuado preceptuar que las competencias transferidas se integrarán entre las propias de la autonomía local de los Cabildos porque es estatutaria y legalmente cuestionable tal afirmación en sí misma considerada, al suponer una indebida transmutación de titularidad por no ser la transferencia la vía correcta jurídicamente para efectuarla.

Recuérdese en este punto que el Estatuto acoge expresamente esta expresión como cualificadora de determinadas funciones, que por ser asignadas con ese carácter a los Cabildos son incorporadas a su acervo funcional con cierto alcance y determinados efectos.

Procede realizar ciertas precisiones en torno a la técnica mencionada, a fin de ubicarla en el lugar que corresponde entre las demás de reatribución competencial/funcional y, consecuencia, deducir su exacto y preciso régimen jurídico.

Ante todo, se ha de señalar que no es totalmente correcto asimilar la transferencia de funciones de la Comunidad Autónoma a los Cabildos con la transferencia de facultades, aprobadas por Ley Orgánica, del Estado a las Comunidades Autónomas, según el mecanismo del art. 150.2 de la Constitución. En este tema, convendría no olvidar que las funciones posibles a transferir a los Cabildos son de carácter "administrativo" y que una hipotética transferencia de facultades legislativas y/o ejecutivas, que no meramente administrativas, es decir propiamente políticas y gubernativas, en el ámbito de las relaciones entre el Estado y la Comunidad Autónoma no es asimilable a la que, con carácter, objeto y efectos exclusivamente administrativos, -pues sólo se transfieren ciertas *funciones* administrativas o las *facultades* para realizarlas-, pueda efectuarse entre la

Comunidad Autónoma y los Cabildos. Pero es que, aún admitiéndose a simples fines dialécticos que cupiera tal equiparación, ha de observarse que en todo caso la transferencia no podría afectar a la titularidad de la competencia o, en terminología constitucional, de la materia concernida, sino a la del ejercicio de aquélla o a la de las funciones sobre ésta. Y que, si se arguyera que esa titularidad no se discute o afecta porque la competencia se transfiere a "instituciones autonómicas" -esto es, de la Comunidad Autónoma-, es obvio que entonces, como se ha apuntado antes, no puede actuarse una transferencia, pues ésta no cabe realizarse entre órganos de la misma persona jurídica o porque la operación jurídica que con ello se estaría realizando, -sin duda antiestatutariamente- es una "desconcentración" y no una descentralización administrativa, técnica organizativa para la que es inviable y aún contradictorio este instrumento.

Además, la "transferencia de funciones" no es la única técnica de retribución competencial que puede y debe ser utilizada para incrementar el patrimonio competencial/funcional de los Cabildos. La transferencia es una más entre las técnicas de redistribución funcional entre entes de distinta naturaleza, como se ha visto en el catálogo de funciones que, según el Estatuto, pueden asumir los Cabildos. Sin que, a mayor abundamiento, quepa confundir el "género" con la "especie". Es decir, sea cual fuere el grado e intensidad de la redistribución competencial/funcional que en cada caso se pretenda, en todos ellos hay materialmente "transferencia" puede tener una interpretación simplemente material, por lo que, desde esta perspectiva, existe "transferencia" tanto en una delegación interorgánica como en una transferencia intersubjetiva de las previstas en el art. 150.2 de la Constitución.

El esquema, sin embargo, pierde nitidez desde el momento en que en el Ordenamiento autonómico canario se da el nombre de "transferencia" a una específica técnica de retribución funcional que posee ciertas características que la singularizan y diferencian de las demás con las que comparte género, aspecto en el que la legislación autonómica tiene un amplio margen de libertad configuradora, debiendo no obstante significarse -sin predeterminar cuál haya de ser o cuál sea la voluntad del Legislador autonómico- que la transferencia de funciones no puede afectar, como se ha señalado, a la irrenunciabilidad de la competencia, ni puede suponer la abdicación absoluta de la "responsabilidad" que le compete al ente que

transfiere en relación con la función afectada. Lo cual explica y justifica que aquél pueda controlar el efectivo ejercicio de ésta, pudiéndose incluso, si fuera el caso, proceder a su revocación. Basta con recordar a este respecto las medidas precautorias que la LOTRACA prevé en relación con las "competencias" transferidas a la Comunidad Autónoma. Lo determinante en esta cuestión es que la existencia o no de tales controles y la intensidad de los mismos *no es una cuestión de simple voluntarismo político*, sino, se podría decir, *de "orden público" autonómico*, pues sea cual sea el alcance de la redistribución la responsabilidad del correcto ejercicio de la función transferida *su titularidad* -"residual", si se quiere-, *sigue residenciada en el ente que reatribuye*.

Por todo ello, resulta imprescindible precisar el ámbito material exacto sobre el que la misma recae, tarea metodológica absolutamente necesaria si se quiere concretar un cuadro coherente y sistemático de las técnicas redistributivas de funciones, en el que la "transferencia" ocupa un lugar preeminente, por el grado y alcance de la traslación que con ella se quiere efectuar.

Como se sabe, el sistema diseñado por la Constitución distribuye el poder político entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a quienes, en los términos que resultan de la normativa que integra el bloque de la constitucionalidad, se les asignan determinadas cuotas de "poder"; un poder que en cada nivel se organiza e institucionaliza, atribuyéndose a las respectivas instituciones básicas las "potestades nucleares": legislativa, ejecutiva/administrativa y -en el caso del Estado- judicial. La potestad legislativa, es obvio, sólo puede encomendarse al Parlamento; la potestad ejecutiva -en sentido estricto- está depositada en su titular, es decir, el Gobierno; la potestad administrativa se distribuye o puede distribuirse, en base al principio de competencia, entre los distintos niveles orgánicos de un mismo ente o, de conformidad con lo que dispone en cada caso el ordenamiento, se puede reatribuir a otros entes, de distinta base territorial.

Interesa señalar que el carácter y alcance de una competencia "transferida" a un Cabildo es sustancial y esencialmente distinta de una competencia "asumida" por aquél como propia. Por ello, incluso la habilitación estatutaria para proceder de una u otra forma -para aprobar una Ley de transferencia o una Ley que atribuya funciones propias- es distinta, pues en el primer caso la Comunidad Autónoma, de acuerdo con las normas del Estatuto, está incidiendo no sólo en el art. 32.1 EACan, sino también

en el art. 29.1 EACan, en la medida que la elección de uno u otro modelo organizativo entraña una opción de relevancia política, mientras que en el segundo caso la habilitación se encuentra en las facultades de ordenación del régimen local previstas en art. 32.1 EACan.

Se reitera nuevamente, aunque ahora desde la perspectiva de la transferencia, lo que dispone el art. 5 LPAut, en donde se constata con meridiana claridad, no sólo la distinta operatividad de las técnicas mencionadas, sino también la distinta habilitación estatutaria que, en su caso, faculta a la Comunidad Autónoma a aprobar uno y otro tipo de leyes: "Sin perjuicio de las competencias que la legislación de régimen local, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, atribuya a las Diputaciones Provinciales, las leyes de las Comunidades Autónomas podrán transferirles competencias propias de la Comunidad o delegarle su ejercicio, siempre bajo la dirección y control de éstas (...)".

Esta dualidad de régimen late asimismo en el interés o justificación que fundamenta una y otra técnica, pues si con el incremento de competencias propias se pretende complementar la autonomía local -por lo que deben satisfacer prioritariamente un interés local/insular-, este razonamiento no existe cuando lo que se pretende es transferir determinadas funciones a los Cabildos -que, obvia y lógicamente, las ejercerán en el ámbito territorial de la isla-, funciones que pueden responder o satisfacer un interés regional, pero que se ejercen por los Cabildos por cumplir éstos más plenamente los principios de proximidad y cercanía a los ciudadanos/administrados y, lo que es incuestionable, porque el propio Ordenamiento permite tal asignación con ese carácter.

A la vista de las anteriores consideraciones podría afirmarse que no es ni puede ser unívoco el tratamiento y definición de la transferencia de funciones, pues según sea el ámbito material sobre la que aquélla recae, la misma tendrá mayor o menor alcance. Por ello, es posible que en relación con determinado ámbito material respecto del cual se ha operado una transferencia, ésta se articule de diverso modo -bien entendido que siempre y en todos los casos se transfieren funciones administrativas-, según que las funciones afectadas por la transferencia se ejerzan en "exclusividad" o "conurrencia".

En el tercer nivel de las técnicas de retribución funcional se encuentran las llamadas "funciones delegadas", cuyo tratamiento tampoco es unívoco, pues esta técnica retributiva se encuentra prevista en normas cuyo fin y alcance son sustancialmente distintos, aunque en ambos casos estamos en presencia de "delegaciones intersubjetivas".

La legalidad autonómica vigente (Ley 14/1990) distingue la delegación a los Cabildos insulares de competencias autonómicas, cuando concurren determinadas condiciones (art. 10), de la atribución a aquéllos de competencias mediante las técnicas previstas en la LRBRL (arts. 7 y 37). Este último artículo dispone que las Comunidades Autónomas deleguen competencias en las Diputaciones (y Cabildos), posibilidad que concreta el art. 66 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local (TR) -aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 16 de abril- al determinar que las Comunidades Autónomas "podrán delegar en las Entidades Locales la realización de obras, ejecución de servicios y, en general, el ejercicio de actividades propias de su competencia". El ente delegante se reservará, en cualquier caso, las facultades de dirección y fiscalización que estime oportuno (art. 67.2 TR) que se ejercerán de conformidad con lo que dispone el art. 27 LRBRL (art. 37 LRBRL); es decir, con determinación del "alcance, contenido, condiciones y duración" de la delegación, "el control que se reserva la Administración delegante y los medios, personales, materiales y económicos que ésta transfiera", pudiendo aquélla "emanar instrucciones técnicas de carácter general", "recabar información", "enviar comisionados y formular los requerimientos pertinentes", revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada en sustitución del municipio, debiendo significarse que "las competencias delegadas se ejercen con arreglo a la legislación de (...) las Comunidades Autónomas" (art. 27.4 LRBRL), "y sin perjuicio de que las entidades locales se atengan al ordenamiento local para su ejecución (art. 67.4 del TR) o, como señala el art. 7.3 LRBRL, la delegación "habrá de respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la Entidad local".

Pues bien, el art. 5.1 LPAut -anteriormente analizado desde el punto de vista de las funciones transferidas- dispone que "sin perjuicio de las competencias que la legislación de régimen local, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, atribuya a [los Cabildos], las Leyes de las Comunidades Autónomas podrán transferirles competencias propias de la Comunidad, o delegarles su ejercicio, siempre bajo la dirección y control de éstas", significándose que en este caso -a

diferencia de lo que sucede en la regulación de régimen local- se vinculará delegación al hecho de que la gestión delegada de la competencia debe referirse a funciones en las que "sea conveniente la participación de los representantes de los intereses locales, por razón de su trascendencia municipal o provincial" (art. 67.1 TR). Sin embargo pese a que resulte inevitable que en ambos casos el régimen jurídico a que deberá ajustarse el ejercicio efectivo de las competencias delegadas - pues al fin y al cabo se está ante una delegación- sea similar, existen ciertas diferencias que sería oportuno contrastar:

-La delegación de ejercicio contemplada en la LPAut se efectuará siempre para la totalidad de los Cabildos comprendidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (art. 5.1 LPAut, in fine); en cambio, para su efectividad, las delegaciones contempladas en la LRBRL requieren ser aceptadas previamente, "salvo que por Ley se imponga obligatoriamente" (arts. 37.3 en conexión con el 27.4 LRBRL).

-En caso de incumplimiento por el ente delegado de las funciones delegadas, la LPAut permite que el ente delegante, de acuerdo con su legislación, pueda "suspender la delegación", "dejarla sin efecto", o "ejecutar la competencia", con la particularidad de que en este último caso "las órdenes de la Comunidad Autónoma serán vinculantes para todos los agentes que gestionen el servicio de que se trate" (art. 5.2 LPAut). Por su parte, el art. 27.2 LRBRL, permite en el supuesto indicado de incumplimiento "revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada en sustitución del (Cabildo)" (art. 27. LRBRL).

La inevitabilidad de la atracción hacia un régimen de cuasi jerarquía de las funciones que en ambos casos delegue la Comunidad Autónoma a los Cabildos -que llega incluso al reconocimiento de un recurso de alzada contra sus actos ante el ente delegante- no impide efectuar una matización en el régimen jurídico que siguen una y otra, determinada en suma por la mayor libertad de asignar y de controlar la delegación de funciones que no responden al interés local/insular.

En cuanto al ámbito material sobre el que recae la delegación, tampoco es uniforme su tratamiento en el Derecho positivo que resulta de aplicación. Así, si la LPAut, en su art. 5.1 se refiere al "ejercicio de la competencia", el art. 37.1 LRBRL, se refiere a "competencias" cuando la reatribución lo es de las Comunidades Autónomas a los Cabildos y cuando lo es del Estado a los Cabildos se precisa de la

delegación lo será de "competencias de mera ejecución" (art. 36.2 LRBRL). Por su parte, el TR se refiere a la delegación de "realización de obras, ejecución de servicios y, en general, el ejercicio de actividades propias de su competencia". Se infiere, sin embargo, que -a diferencia de lo que ocurría con la transferencia- con la delegación se pretende que por el ente local que se encuentra más próximo a los ciudadanos se efectúen -en régimen de delegación- actividades materiales de ejecución -como resultado de los preceptos citados en materia de régimen local-, mientras que de la LPAut se desprende que se puede referir o comprender alguna función decisoria, pues el nº 2 del referido art. 5 se refiere expresamente al "control del ejercicio de los servicios delegados (...) a (los Cabildos)". Es claro que, en cada caso, y por lo que respecta a este tipo de delegaciones, la elección de esta técnica y otra más intensa -como la transferencia- dependerá siempre de cuestiones no sólo de eficacia o proximidad a los ciudadanos, sino también de valoración u oportunidad política, pues, en cada caso, el Parlamento como órgano representativo del pueblo canario optará por uno u otro modelo cuestión ésta que, por los elementos de valoración política que contiene, debe quedar ajena a las consideraciones que este Consejo pueda hacer.

III

Como expresa en su preámbulo la Ley 14/1990, parte de la integración de los Cabildos insulares "en el entramado institucional de la Comunidad Autónoma, haciéndoles copartícipes de las funciones autonómicas sin que ello supusiera mengua alguna en las competencias propias que históricamente asumieron las Islas ni la desnaturalización de su carácter autónomo". Esta integración supone -según el preámbulo- la elevación de los Cabildos insulares "a la categoría de instituciones de la Comunidad Autónoma", de lo que es expresivo el elenco de funciones de carácter autonómico que en desarrollo del Estatuto de Autonomía dicha Ley atribuye a los Cabildos Insulares, fundamentada en el principio general, remarcado en el propio preámbulo, conforme al cual "cuando el interés a cuya satisfacción tienda una competencia administrativa estatutaria responda a un interés preponderantemente insular la ley la atribuye a los Cabildos, de forma que la función transferida se integra en el núcleo de competencias propias de los mismos, como entidades locales".

Consecuentemente, a la aceptación del hecho de la integración de los Cabildos en el entramado institucional de la Comunidad Autónoma -que el preámbulo de la Ley

declara que se efectuó por la Norma institucional básica de la Comunidad y el art. 5.2 reafirma- subsigue el régimen trazado por la regulación positiva mencionada, de modo que las funciones administrativas de la Comunidad Autónoma de Canarias se desarrollarán bien de forma centralizada (Administración central autonómica), bien de forma descentralizada (por los Cabildos Insulares), los cuales, además ejercerán sus funciones propias de ente local con autonomía. Esa distinción entre las competencias administrativas de los Cabildos insulares (propias y descentralizadas de la Comunidad Autónoma de Canarias) *se desdibuja posteriormente en la Ley* al indicar que las competencias *transferidas* se integrarán entre las *propias* de la autonomía local de los Cabildos insulares (art. 12.1), garantizando la Comunidad Autónoma en cualquier caso la suficiencia financiera de los Cabildos insulares para el ejercicio de las competencias transferidas (art. 12.2).

Se confunden, pues, los dos títulos, de diferente régimen jurídico mediante los que la Comunidad Autónoma puede incidir en las funciones administrativas a ejercer por los Cabildos insulares.

En efecto, la Comunidad Autónoma puede incentivar la autonomía local constitucionalmente garantizada de los entes locales (art. 2.1 LRBRL) cuando con ocasión de la regulación de las distintas parcelas del sector público se asegure a las Islas "su derecho a intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que procedan en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la entidad local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos"; atribución que la Ley 14/1990 parece incorporar a su art. 11.a), y que no es sino expresión de la competencia autonómica de desarrollo de bases del Estado en materia de régimen local (art. 32.1 EACan).

El segundo título, al incidir en funciones ciertamente administrativas pero de distinta índole, es el que permite la descentralización de competencias autonómicas a favor de los Cabildos, lo que no es sino expresión concreta de la previsión estatutaria contenida en su art. 22.3 y para cuya efectividad el título competencial aducido no es otro que el 32.2 del Estatuto, que reconoce con el alcance y límite

antes señalado la competencia autonómica para la regulación del régimen jurídico de la Administración canaria.

Ahora bien, aunque este régimen jurídico debiera ser singular, en cuanto diferencial, del régimen jurídico de las competencias propias de los Cabildos insulares, el art. 11.b) de la Ley atribuye esas competencias administrativas autonómicas a los Cabildos insulares como "propias", matizándose que tal atribución procederá conforme a lo establecido en el art. 22.3 EACan y en la LRBRL, *lo que desde luego resulta en sí mismo contradictorio*. Que la competencia administrativa autonómica esté descentralizada en los Cabildos no implica necesariamente que se transmute en competencia *propia* de éstos. De la LRBRL y de la propia Ley 14/1990 se desprende que la ampliación o reforzamiento de la autonomía local de los Cabildos se efectuará con ocasión de la regulación de la actividad sectorial, puntual y concreta. La transferencia que mediante la Ley 14/1990 se opera de funciones administrativas autonómicas a los Cabildos insulares no es singular dentro de un ámbito sectorial, sino que ocurre en bloque, por materias (disposición adicional primera).

En resumen, el art. 11 de la Ley 14/1990 ha diluido la distinción que existe entre una y otra clase de funciones, de forma que las funciones *transferidas* son asimismo funciones *propias* de los Cabildos.

En coherencia con lo anteriormente expresado, las competencias propias de régimen local (art. 41) y competencias propias de origen transferido de la Comunidad Autónoma (art. 42), se ejercerán en régimen de autonomía (art. 44), toda vez que se parte del presupuesto de que con la transferencia se ha operado una atribución de "titularidad y ejercicio de competencias y funciones" (art. 45.1), siempre que aquéllas y éstas satisfagan "de forma predominante" un interés insular.

Por otra parte, la Ley 14/1990 habla asimismo de "delegación de competencias de carácter regional" (art. 51.1), eventualidad en la que a diferencia de la técnica descentralizadora anterior no se producirá modificación de la "titularidad autonómica de la competencia administrativa" (art. 51.3); técnica esta última citada que es la que va a ser objeto fundamentalmente de la modificación normativa que se pretende.

La Ley parte, en suma, sintéticamente hablando de una distinción entre transferencia y delegación que se sustenta en el carácter predominantemente insular y regional de las competencias transferidas y delegadas, respectivamente. Las primeras implican transferencia de titularidad y ejercicio de competencia y, por ello, se califican como propias ejerciéndose en régimen de autonomía local. Mediante la delegación sólo se descentraliza el ejercicio que no la titularidad de la competencia, toda vez que existe un interés regional concurrente lo que motiva el aseguramiento de ese interés mediante mecanismos tutelares o jerárquicos, lo que se posibilita desde el momento en que las funciones delegadas no se ejercen por el Cabildo Insular como propias.

IV

Se pretende modificar el art. 45.2 de la vigente Ley 14/1990, regulador del preceptivo trámite de audiencia a los Cabildos insulares en diversos supuestos que allí se contemplan.

1. Los dos primeros párrafos propuestos inciden en los procedimientos de elaboración de disposiciones normativas, tanto de rango primario o legal -de iniciativa gubernativa y de origen parlamentario- como de rango secundario o reglamentario. El tercer párrafo tiene por objeto el procedimiento de elaboración de planes y programas a realizar con ocasión o a consecuencia de un previo Decreto de delegación de competencias.

El preceptivo trámite que se dispone de audiencia a los Cabildos insulares con ocasión de la formulación de un Anteproyecto de Ley o Proyecto de Decreto parece incidir directamente en la regulación que se contiene en la Sección 7ª (del procedimiento de elaboración de los proyectos de Ley y normas reglamentarias) integrada en el Capítulo II del Título I (del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias) de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, LGAP), cuestión a la que dedica sus arts. 43 a 45. El trámite de audiencia preceptiva que se incorpora a la Ley 14/1990 parece que se articula en una fase inicial del procedimiento de elaboración de tales normas; elaboración que se iniciará por el Centro Directivo con los estudios e informes que garanticen la legalidad, acierto y oportunidad de los mismos (art. 44

LGAP) tras lo cual serán remitidos al Secretario del Gobierno, quien los trasladará a los Consejeros con al menos 8 días de antelación a la reunión del Gobierno (art. 45 LGAP). La norma propuesta no precisa exactamente en que momento de ese procedimiento deberá concederse a los Cabildos insulares ese preceptivo trámite de audiencia. Sólo precisa que se concederá "por un plazo de quince días, previamente a su aprobación por el Gobierno".

La finalidad garantista que se persigue con el mencionado trámite obligaría a que la preceptiva audiencia que se pretende de los Cabildos insulares sea requerida una vez que el texto prenormativo haya salido ya del Centro Directivo redactor y entrado en la Secretaría del Gobierno, siendo lo oportuno entonces que sea el Gobierno -al hilo de lo informado por el Centro Directivo- el que, en su caso, requiera a los Cabildos Insulares para que emitan su parecer sobre la norma legal o reglamentaria que se pretende aprobar. La audiencia a los Cabildos debe ser instada por el Gobierno y a partir del momento en que el texto prenormativo obre ya en sede gubernativa. Es decir, no puede ser el Centro Directivo que corresponda el que, como un informe más, interese en fase pregubernativa la mencionada audiencia a los Cabildos insulares.

El supuesto a que se refiere el segundo párrafo del apartado 2 de dicho art. 45 propuesto -que tiene por objeto extender el mencionado trámite preceptivo de audiencia respecto de una Proposición de Ley en la que el Gobierno, al informar, apreciare idéntica circunstancia que la prevista en el párrafo primero- no parece problemático toda vez que el texto no ha sido aún tomado en consideración y, por ello, no es de absoluta y exclusiva responsabilidad parlamentaria. Ningún obstáculo hay para que el Gobierno interese de los Cabildos insulares su opinión respecto del texto de la Proposición de Ley presentado, siempre y cuando, claro está, que el informe se efectúe dentro del plazo previsto en el art. 124.3 RPC, con lo que se circunscribe el problema a una cuestión meramente de índole temporal de emisión de los pareceres de los Cabildos insulares y de cumplimentación del mencionado trámite informativo en el breve lapso de tiempo que prevé la norma reglamentaria de la Cámara.

En el tercer párrafo del apartado 2 del art. 45 propuesto, se dispone, una vez más, el mencionado trámite de audiencia "en los Decretos de delegación de competencias a los Cabildos insulares (...) en la elaboración de los planes y

programas que deba aprobar el Gobierno o sus Departamentos". De la redacción de la norma propuesta no se desprende en que fase concreta del procedimiento de elaboración debe darse audiencia a los Cabildos, o si, por el contrario, tal audiencia deba evacuarse respecto del proyecto de programa o plan finalmente elaborado.

2. Los distintos supuestos de audiencia preceptiva a los Cabildos Insulares según se desprende del artículo propuesto se conectan con una circunstancia concreta, pero que sin embargo por su imprecisión pudiera ser fuente de posibles conflictos, cuyas consecuencias y efectos, por otra parte, tampoco se regulan ni se prevén. Bien directamente -primer párrafo- bien por remisión al mencionado primer párrafo del art. 45.2 proyectado -párrafos segundo y tercero- el Anteproyecto anuda el preceptivo parecer del Cabildo insular a una circunstancia concreta: que el Anteproyecto de Ley, la Proposición de Ley, el Proyecto de Decreto o los planes y programas gubernativos y/o departamentales tuvieran por objeto "materias que afecten a competencias que hayan sido objeto de transferencia o delegación a los Cabildos insulares".

El precepto a modificar define como supuesto de hecho de la intervención preceptiva del Cabildo el que aquellas actuaciones "limitan las competencias transferidas a los Cabildos insulares". Se amplía, pues, el espectro normativo en el que se deberá contar necesariamente con el preceptivo parecer de los Cabildos. No ya respecto de normas legales sino también normas de carácter reglamentario; es decir, se incide en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, que, como procedimiento de carácter especial, puede ser en efecto desarrollado por esta Comunidad Autónoma sin limitación al carecer de naturaleza común de atribución competencial exclusiva del Estado (art. 149.1.18 CE). Hasta aquí, no hay problema alguno. La cuestión está en que la formulación proyectada permite que cuando se pretenda, por norma reglamentaria y también legal de iniciativa gubernativa, regular "materia, que haya sido objeto de transferencia o delegación, deberá oírse preceptivamente al Cabildo insular". *No se dice expresamente que afecte a las funciones que hayan sido objeto de transferencia o de delegación*, eventualidad en la que el Cabildo insular, ciertamente, *tendría interés en hacerse oír*, con carácter previo a la adopción de la norma definitiva que corresponda. Y es que, no se transfieren o delegan todas las funciones concernientes o relativas a una determinada materia, debiéndose recordar que es la Comisión Mixta que prevé la

disposición transitoria tercera de la Ley 14/1990 la que "determinará las funciones que comporte la competencia transferida" y que, según la disposición adicional segunda de tal Ley, la autorización al Gobierno de Canarias para delegar "total o parcialmente en los Cabildos insulares el ejercicio en el ámbito de su respectiva isla" lo es en relación a "todas o alguna" de las competencias que seguidamente relaciona. Ni "materia" se homologa a "competencia" -pues sobre una misma materia pueden tener competencias de diferente alcance dos entes públicos territoriales- ni "competencia" se identifica con "función", pudiendo transferirse o delegarse sólo algunas de éstas, *aunque no aquélla que queda en la Comunidad Autónoma*. Por supuesto, materia tampoco se superpone a función transferida o delegada, que tiene un ámbito "material" mucho más limitado y estrecho que la "materia" en la que incide.

La afectación, por otra parte, puede tener una doble acepción; una, neutra, sinónima de *incidencia*, sea ésta positiva o negativa. Una segunda acepción más limitada es aquella según la cual "afectar" es sinónimo de *limitación* o *gravamen*, que es, por cierto, como está redactada la norma que se pretende sustituir ("limitan las competencias"). La indeterminación de los conceptos utilizados puede dar lugar a situaciones indeseadas, máxime cuando en la norma proyectada no se contemplan ni efectos ni consecuencias a la ausencia de parecer de los Cabildos siendo preceptivo.

3. Es diferente el tratamiento que se da al mencionado trámite de audiencia a lo largo del art. 45.2 proyectado. En el primer párrafo -Anteproyecto de Ley o Proyecto de Decreto- "se requerirá la audiencia"; en el segundo -trámite informativo respecto de Proposición de Ley- se "dará a los Cabildos insulares el mismo trámite de audiencia"; y, en el tercero, -elaboración de planes y programas- "se establecerá dicho trámite de audiencia". Formulaciones diferentes que dada la identidad del trámite debieron unificarse.

Los párrafos 2º y 3º del apartado 2 del art. 45 regulan, como se ha dicho, el preceptivo trámite de audiencia a los Cabildos por remisión a "las circunstancias previstas en el párrafo" primero. No son, sin embargo, dos o más circunstancias las allí contempladas, sino *sólo una*, que es que se "afecten a competencias que hayan sido objeto de transferencia o delegación a los Cabildos Insulares.

4. La Ley 14/1990 parte de la premisa de anular transferencia a "competencias" y delegación a "funciones", aunque en ocasiones la propia Ley imputa ambas técnicas

descentralizadoras a funciones (disposición transitoria tercera). La norma proyectada, sin embargo, refiere las competencias -párrafo primero del apartado 2- como objeto de "transferencia o delegación". Si la Ley se ha preocupado de precisar el singular objeto de cada técnica descentralizadora debiera seguir haciéndose con ocasión de esta reforma parcial que se pretende. Sin perjuicio de ello, debe observarse que, en puridad, mediante ambas técnicas descentralizadoras no se procede a enajenar competencia autonómica alguna. Insistimos, se descentralizan *funciones* que, por su diversa naturaleza y grado de incidencia en el interés regional, se efectuará bien por transferencia bien por delegación, pero sin que en ningún caso se incida en la titularidad de la competencia.

V

El art. 2 del Anteproyecto de Ley da nueva redacción al art. 52 de la Ley 14/1990, que es el que procede a ordenar sustancialmente el régimen jurídico de las "funciones delegadas".

1. En el apartado primero se pretende que los Proyectos de Decreto de delegación se aprueben por el Gobierno previos los trámites previstos por la Ley 14/1990 en relación con la transferencia de competencias -por remisión a la disposición transitoria 3ª-; es decir, la constitución de una Comisión paritaria y mixta que determinará las funciones que comporte la competencia transferida, las compartidas y las que sigan residenciadas en la Administración Pública de la Comunidad, así como el método para el cálculo y determinación de los servicios, medios personales y materiales y recursos que deban ser traspasados. Adoptados tales acuerdos, el Gobierno aprobará el Decreto de transferencia así como la metodología de los traspasos, lo que se seguirá de la aprobación de los Anexos de traspasos, con audiencia de los Cabildos insulares, culminando el proceso con la suscripción del acta de recepción y entrega de los servicios y medios traspasados.

El art. 51.1 de la Ley 14/1990, no modificado, precisa que "la delegación de competencias de carácter regional se dispondrá (...) mediante Decreto del Gobierno", precepto que debe ser puesto en conexión con la disposición adicional segunda de la Ley 14/1990, por la que se autoriza al Gobierno a efectuar la delegación total o parcial del ejercicio de todas o algunas de las competencias que relaciona. Ahora, se

pretende que ese Decreto de delegación, en fase de Proyecto, sea aprobado por el mecanismo que la Ley 14/1990 dispuso para la transferencia de competencias, en el que tiene su exacto sentido y utilidad práctica.

La transferencia de competencias debe ser seguida por un acuerdo de la Comisión paritaria seguido de su formalización por Decreto en el que se relacionan detalladamente las funciones afectas por la transferencia de competencias, pues como ya tuvimos ocasión de señalar, pueden transferirse más o menos funciones de aquéllas. La delegación de funciones lo es de éstas; es decir, el Decreto de delegación ya identifica las funciones objeto de la misma -como precisa, por cierto, el apartado 2 de este mismo artículo-, con lo que *no tiene sentido* constituir la Comisión dispuesta en la disposición transitoria tercera de la Ley 14/1990.

Claro que pudiera argumentarse que esa Comisión al ser previa a la aprobación del Decreto no está duplicando la Comisión que se constituirá para la efectividad de las transferencias. En este caso, la observación tiene otro carácter, pues al ser previa implica *de facto* una *cotitularidad* de potestad reglamentaria que el Estatuto, art. 14.2 y las leyes atribuyen en exclusiva al Gobierno. Una cosa es que aprobada la norma haya que precisar las funciones afectadas por el proceso descentralizador -lo que en puridad no consiste en enajenación de competencia- y otra cosa muy distinta es que ese proceso se efectúe durante el proceso de elaboración de la norma reglamentaria. Este supuesto por otra parte no es idéntico al de preceptiva audiencia a los Cabildos insulares, audiencia que se concreta simplemente en la emisión de un parecer. En este caso, se constituye un órgano *ex novo* con el único objeto de precisar qué funciones y con que régimen serán delegadas. En principio, contando el Gobierno de Canarias con la autorización para delegar total o parcialmente en los Cabildos Insulares todas o algunas de las funciones administrativas relativas a las materias expresamente contempladas en la disposición adicional segunda, vista la concurrencia de las circunstancias determinadas por el art. 9 y de los principios del art. 10 de la Ley 14/1990, corresponde al Gobierno ponderar la conveniencia de iniciar y concluir un expediente tendente al logro de dicha finalidad. *Esta responsabilidad autonómica es irrenunciable*, pues sólo a las instituciones centrales de la Comunidad les compete valorar el concurso o no de un interés regional a los efectos de delegar funciones conexas con el mismo.

2. El párrafo primero del apartado 2 del art. 52 propuesto viene a reproducir, salvo ligeras variantes que en nada alteran su contenido, lo dispuesto en el vigente art. 52.2 de la Ley 14/1990. Sí es innovativa la redacción de su segundo párrafo cuya referencia a la disposición transitoria cuarta de la Ley 14/1990 -relativa a los Anexos de traspasos de servicios, medios personales y materiales y recursos afectos por la competencia transferida- en este caso pudiera ser pertinente dada la naturaleza y alcance del Decreto de delegación.

Ya se menciona en la norma proyectada que esta disposición transitoria se aplicará "en lo que resulte de aplicación", en conexión con los Anexos de cada Decreto de delegación. Nada que objetar desde el punto de vista de la técnica normativa y del uso de la potestad reglamentaria de la que el mencionado Decreto es concreción. Cada Decreto de delegación tiene un Anexo en el que se relacionarán los extremos previstos en la disposición transitoria cuarta que en principio sólo es aplicable a las transferencias de competencias (por cierto, esa disposición transitoria hace referencia a tales Anexos que son publicados con posterioridad al Decreto de transferencias, que viene precedido por el Acuerdo de la Comisión mixta paritaria de transferencias; es decir, hay disociación entre la norma y los Anexos. En este caso concreto que comentamos, el Anexo parece acompañar al Decreto de delegación).

Dicho esto, sin embargo sí es objetable la integración en ese Anexo de "las unidades administrativas que queden afectas funcionalmente a los Cabildos insulares (...), sobre [las que] los Cabildos podrán ejercer, por delegación, las facultades de dirección, impulso, control e inspección ordinaria". Al respecto debe tenerse presente que corresponde a cada Administración pública delimitar "las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios" (art. 11.1 LRJAP-PAC), órganos en cuya creación se deberá tener en cuenta su forma de integración en la Administración pública, la delimitación de sus funciones y competencias, así como la dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento (art. 11.2 LRJAP-PAC). Además, el art. 54.a) -que no es objeto de modificación- atribuye al Cabildo "la competencia autoorganizatoria respecto de las funciones delegadas", por lo que no se entiende que se persigue con esa afectación funcional cuyo régimen jurídico tampoco se precisa.

En relación con lo expresado debe también observarse el que la Comunidad Autónoma delegue en el Cabildo insular "las facultades de dirección, impulso, control e inspección ordinaria".

Con carácter general, dada la naturaleza de funciones autonómicas que resultan descentralizadas en los Cabildos insulares, la Comunidad Autónoma (art. 54) precisa que "a fin de asegurar el control y dirección de la ejecución por los Cabildos insulares de las competencias delegadas" el Gobierno y la Administración autonómicos ejercerán las funciones que en ese precepto se relacionan, que son la reglamentaria externa, control jerárquico por vía de recurso, la alta inspección, recabar información y emitir informes y convocar conferencias sectoriales. La Ley no sólo parte de atribuir el control y dirección de la ejecución de las funciones delegadas a los Cabildos insulares a las instancias autonómicas, sino que adopta medidas para "asegurar" que ese control y dirección sigan siendo autonómicos. De ello puede inferirse que la relación que se contiene en el art. 54 no es exhaustiva, sino complementaria o a mayor abundamiento.

De ahí que aunque la norma proyectada, dado lo genérico de su formulación, pudiera ser sólo parcialmente reconducible al precepto de referencia, ello no asegura que la norma propuesta, dado su objeto que no es otro que delegar las facultades de dirección, control e inspección ordinaria en los Cabildos, que no contradiga en alguna medida al señalado precepto de la Ley 14/1990 vigente y que no resulta modificado.

Salvo que se quiera decir -lectura que también es posible hacer del mencionado precepto- que tales facultades delegadas lo son en relación con las "unidades administrativas" funcionalmente afectas; es decir, que tales facultades se ejercen sobre tales unidades y no sobre las "funciones" delegadas. Claro que en esta eventualidad el precepto sería ocioso porque, recordemos, el Cabildo posee potestad autoorganizatoria en relación con las funciones delegadas -art. 54.a)-.

Por lo demás, y al margen de las observaciones puntuales hechas al precepto propuesto con carácter singular y en conexión con el resto de la Ley vigente, no se puede ocultar que la formulación proyectada responde a una *concepción organicista* de las relaciones entre el Cabildo y la Comunidad Autónoma que *excede* de lo que parece deducirse del parámetro constitucional y estatutario en el que late una concepción simplemente funcional.

3. El precepto contenido en el apartado 3 del art. 52 reproduce el vigente apartado 3 del mismo artículo, con una ligera corrección (supresión de "que se acaba de mencionar") que en nada altera el mandato normativo que contiene.

4. Si en el proyectado art. 5.2 se disponía la afección funcional de las "unidades administrativas", en el 52.4 se procede a la regulación del régimen jurídico del personal de esas unidades administrativas. A las dudas sostenidas anteriormente, que igualmente se extienden a este precepto, deben unírseles las siguientes.

La afectación personal no llega a quebrar la dependencia orgánica de tales unidades administrativas respecto de la Administración autonómica -apartado 1.a)-, conservando consecuentemente su condición en activo de personal de la Comunidad Autónoma y ocupando por ello los puestos de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo de los departamentos respectivos -apartado b)-, estando sin embargo sujeto a las potestades que en materia de personal ejerza el Cabildo por delegación de la Comunidad Autónoma y cuyos actos, cuando sean necesariamente objeto de inscripción, se comunicarán al Registro de personal de aquélla y las incidencias en esa materia también deberán ser comunicadas a la Consejería autonómica competente en la materia -apartado c)-.

Como antes tuvimos ocasión de ver, si en el caso de competencias transferidas el personal deberá integrarse en las plantillas y relaciones de puestos de trabajo de los Cabildos Insulares -art. 48.2 c)-, en las funciones delegadas el personal afecto por el traspaso sigue estando en activo en la Administración autonómica, sólo que funcionalmente afecto -*adscrito*, en puridad- a los Cabildos Insulares. Se procede pues a una calificación *sui generis* de la relación jurídica que se traba entre el personal traspasado y de ambas Administraciones públicas, la autonómica y la insular. En suma, el personal que está en activo en la Administración autonómica y funcionalmente adscrito en el Cabildo insular, ejerciendo éste las facultades que en materia de personal le delegue la Administración autonómica. Ahora bien, esta peculiar situación estatutaria se encuentra ya contemplada en la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, que califica como "servicios en otras Administraciones públicas" -art. 37 e)-, no sólo cuando se efectúe transferencias de competencias a favor de los Cabildos (art. 32.3) sino también cuando funcionarios de la Administración autonómicas "pasen a prestar servicio en otras Administraciones

públicas" (pues, continuarán perteneciendo a sus cuerpos o escalas de origen "en situación de servicios en otras Administraciones públicas (art. 32.2)". Así pues, la delegación de funciones ni lleva aparejada traspaso de órganos ni implica el dual régimen funcional que parece contemplarse en el proyecto que se dictamina. La situación exacta en la que se halla ese personal es la que resulta no sólo de la Ley canaria de la Función Pública sino también de la legislación básica del Estado.

Si en este caso -en la inteligencia del Anteproyecto- no hay integración del personal en la estructura organizativa del Cabildo, lo razonable sería que todas las competencias en materia de personal siguieran en manos de la Comunidad Autónoma, al menos las de carácter resolutorio; desde luego, aquéllas que deben ser inscribibles en el Registro de personal de la Comunidad Autónoma, siendo razonable que de cualquier incidencia -como indica el Anteproyecto- se dé cuenta a la Comunidad Autónoma a los efectos oportunos, como podría ser, por ejemplo, la apertura de cualquier clase de expediente. Lo que no se entiende es que si el personal sigue estando integrado en la estructura organizativa de la Comunidad Autónoma todo el régimen estatutario del mismo pase a depender de una u otra manera del Cabildo insular. Con la excepción que se dispone en el apartado 1.d) de este art. 53 proyectado -conforme al cual "en todo caso la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias conservará sobre el personal a que este precepto se refiere las facultades relativas a la selección de funcionario y de personal laboral con carácter indefinido, a la provisión de puestos de trabajo y a la separación del servicio o despido, de acuerdo con la legislación que sea de aplicación"- es objetable que las plazas con cobertura contractual laboral temporal estén excluidas del ámbito de las potestades autonómicas, dándose a entender que la selección del personal para cubrir tales puestos será efectuada por el Cabildo, siendo así que, una vez más, tales puestos figuren identificados en la R.P.T. que corresponda de la Administración autonómica.

Pero ante la eventualidad de que en tales unidades administrativas esté integrado otro personal con vinculación laboral, resulta obligado tratar a continuación la afectación que la delegación implicaría respecto de este personal laboral, al que le es de aplicación normas diferentes de las ordenadoras del régimen de la Función pública autonómica.

El art. 2.1 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, dispone que "quienes estén vinculados a [la Comunidad Autónoma de Canarias] por una relación laboral se regirán por las normas del Derecho del trabajo y por los preceptos que en esta Ley expresamente se les dedica"; particularmente los arts. 67 y 68. Son, pues, de aplicación, con carácter general, el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Ahora bien, si no se especifican las consecuencias que se producen respecto del personal de vínculo laboral hay que entender que el mismo también se encuentra "adscrito funcionalmente" a los Cabildos insulares, no estando esa situación laboral -adscripción funcional- prevista en la normativa laboral de aplicación que sí contempla otros supuestos de alteración de la relación laboral (arts. 39, 40, 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores).

CONCLUSIONES

1. El Anteproyecto de Ley sometido a la consideración de este Consejo se sustenta en una cuestionable interpretación del parámetro constitucional-estatutario y legal-básico al que han de ajustarse las ordenaciones autonómicas relativas a los Cabildos insulares, atribuyendo carácter orgánico-institucional a lo que, conforme a dicho parámetro, tiene naturaleza funcional. Por eso, no cabe entender que mediante las técnicas de descentralización funcional previstas en la Ley 14/1990, y ahora parcialmente modificadas, se efectúe una traslación de *competencias* sino tan sólo de *funciones*, según se ha razonado en los Fundamentos II y III del presente Dictamen.

2. El trámite de preceptiva audiencia a los Cabildos insulares debe efectuarse en momento procedimental adecuado de forma que esa garantía tenga el contenido material que la haga eficaz (Fundamento IV.1). La exigibilidad del mencionado trámite viene formulada en términos disímiles que debieran homologarse (Fundamento IV.3); y se efectúa -en la inteligencia de la Ley vigente- un incorrecto uso del concepto que define el objeto de la transferencia y de la delegación, pues el de aquella es "competencia" y el de ésta es "función" (Fundamento IV.4).

3. La aplicación al régimen de funciones delegadas del procedimiento previsto en la Ley 14/1990 para las competencias transferidas, además de su impropiedad técnica al homologar regímenes descentralizadores de diferente intensidad, produce consecuencias jurídicamente inviables como la coparticipación en el ejercicio de la potestad reglamentaria gubernativa con los Cabildos insulares (Fundamento V.1).

4. Es asimismo objetable la adscripción funcional de unidades administrativas que lleva aparejada la delegación de funciones, toda vez que el Anteproyecto parte de que esa delegación implica una *desconcentración* de la Comunidad Autónoma en los Cabildos. Por las mismas razones es objetable que se delegue en el seno de tales funciones las facultades de dirección, impulso, control e inspección ordinaria en los Cabildos insulares, toda vez que en el contexto de la Ley tales facultades siguen residenciadas en la Comunidad Autónoma (Fundamento V.2).

5. El Anteproyecto de Ley regula una situación funcional híbrida, al partir precisamente de la mencionada posición "organicista", del personal adscrito a los Cabildos insulares, de forma que pasan a tener una doble dependencia, orgánica de la Comunidad y funcional del Cabildo, lo que contradice el régimen básico de situaciones administrativas previsto en la legislación básica del Estado de tal carácter. Asimismo, el Anteproyecto efectúa una adscripción de personal con carácter general, con lo que afecta también al posible personal laboral, sin adoptar cautela alguna en orden a compatibilizar tal específica situación de adscripción con la legislación laboral (Fundamento V.4).

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. ENRIQUE PETROVELLY CURBELO AL DICTAMEN 40/1996, ACERCA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA LEY 14/1990, DE 26 DE JULIO, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CANARIAS. CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 70/1996 APL.

La discrepancia que se formaliza en este Voto Particular al Dictamen de referencia afecta tanto a cuestiones técnicas, que se usan en aquel para tratar de explicar o basar sus argumentos, especialmente aquellas relativas al régimen de transferencia y delegación, en general o respecto a los Cabildos, como en el ulterior tratamiento, fundamentalmente crítico y que no comparto en su mayor parte, que se hace del articulado del Anteproyecto encaminado a reformar la Ley autonómica 14/90.

1. A mi juicio en la exposición del Dictamen contenida en sus tres primeros Fundamentos se recogen imprecisiones o incorrecciones técnicas que no van a ser contestadas salvo las mencionadas precedentemente por su relevancia y trascendencia. No obstante, conviene clarificar por su importancia:

- En puridad, así como son los Municipios los titulares de competencias o funciones, y no los Ayuntamientos, igual ocurre con las Provincias respecto a las Diputaciones y las Islas respecto a los Cabildos, y asimismo son los Municipios y las Islas los eventuales receptores de funciones o facultades transferidas o delegadas, pero no los Ayuntamientos o Cabildos que las ejercen en su nombre, puesto que, pese a que el propio legislador es incongruente y no siempre actúa correctamente sobre este particular, los Entes locales son los primeros y los segundos su organización o, si se prefiere, sus órganos de gobierno, administración y representación.

- La potestad no puede confundirse con competencia o función, pues las potestades forman parte de la esencia del Ente y caracterizan su personalidad jurídica, de modo que un Ente o persona jurídico-política ha de tener, al menos, potestad legislativa y gubernativa mientras que un Ente o persona jurídico-administrativa tendrá potestad administrativa e incluso reglamentaria; razón por la que, mientras las potestades no pueden distribuirse y se establecen por la Norma institucional del respectivo Ente, las competencias o funciones sí que lo pueden ser por diversos mecanismos técnicos (cfr. artículo 4.1, LRBRL).

- Propiamente, las funciones o facultades no se descentralizan, sino que se transfieren o delegan, pues la descentralización es una situación jurídica de carácter organizativo y la transferencia o delegación de medios para reforzarla pero sin crearla en el vigente orden constitucional en el que puede ser política o administrativa y ambos tipos coexisten, apareciendo "Estado" central-Comunidades Autónomas y Entes políticos-Entes locales, así como transferencias o delegaciones del "Estado" central a las Comunidades Autónomas o de uno y otras a los Entes locales; todo ello, a partir de la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la LRBRL.

2. El Dictamen intenta infructuosamente distinguir entre transferencia y delegación, tras hacerlo, esta vez adecuadamente, entre aquella y la atribución de funciones propias a las Islas por la legislación autonómica o estatal según la distribución constitucional-estatutaria de competencias. Y no lo logra, sin ser capaz

de establecer criterios o datos efectivos al respecto, porque en realidad no hay en nuestro Ordenamiento Jurídico diferencias esenciales entre una y otra, siempre que se separe, cosa que tampoco estimo que se hace bien en el Dictamen, entre la delegación clásica, de orden intrapersonal o intrasubjetivo, y la intersubjetiva y interpersonal que se prevé en la LRBRL (cfr. artículos 7, 27 o 37) o en el artículo 150.2, CE (cfr. artículos 12 y 13, Ley 30/1992).

- Siendo cierto que la transferencia "política" constitucionalmente prevenida no es idéntica a la "administrativa" porque obviamente difieren en medio legal de aprobación o carácter de las facultades potencialmente afectadas, sin embargo en esencia no difieren y, por eso, pese a sostener el Dictamen que son bien distintas, luego no acierta a diferenciarlas eficazmente. Así, ambas traspasan el ejercicio de facultades o funciones, pero no la titularidad competencial sobre la materia en cuestión o sobre ellas mismas, no sólo porque no tienen que afectarse todas las facultades correspondientes a aquella, sino porque esa titularidad permanece en el transfiriente, que, no estando legitimado constitucional o estatutariamente a renunciar o despojarse de aquella, la puede ceder pero estableciendo condiciones y/o controles de ejercicio, matizar o reformar la cesión y, por último, revocarla y recuperar para si el ejercicio cedido.

- Además, pese a diversos intentos doctrinales al efecto, mas o menos originales e interesantes pero sin demasiado o ningún apoyo o fundamento constitucional, no parece existir asimismo diferencia fundamental entre transferencia y delegación a nivel constitucional y, de hecho, el legislador usa indistintamente una y otra expresión para traspasar facultades, en materias no reservadas al Estado, a las Comunidades Autónomas por esta vía. Así, en ambas cabe condicionar o supervisar el ejercicio de las facultades traspasadas pero no su control posterior o su suspensión, no se traslada la titularidad competencial de la materia o de las facultades traspasadas, pueden hacerse modificaciones o, en su caso, recuperaciones, y son iguales el límite constitucional al eventual objeto del traspaso, el grado funcional de las facultades a traspasar, la impugnabilidad, exclusivamente jurisdiccional, de los actos del traspasado al ejercerlas en cada caso y el mecanismo normativo para producirlas.

- Pero es que, similarmente al supuesto precedente y como en la práctica se observa en diversos textos normativos que hacen al caso, tampoco hay diferencias

fundamentales entre transferencia y delegación externa a nivel administrativo, como mecanismos de traspaso de facultades o funciones de la Comunidad Autónoma a los Entes Locales, concretamente a las Islas, por idénticos motivos que los indicados precedentemente. Tan sólo cabría apuntar en el Ordenamiento autonómico algunas diferencias no determinantes entre ellas, no señalándose la principal siquiera en el Dictamen, cual es que la transferencia se ordena por Ley y la delegación se produce por Decreto; otra, como es el recurso ante el delegante de actos del delegado, que estimo puede ser inconstitucional como luego se razonará y aún cuando ello se contemple en la legislación básica (cfr. artículo 27.2, LRBRL); y, en fin, una tercera podría ser que los controles del ejercicio de las facultades delegadas es más intenso, extenso y gubernativo que el de las transferidas, quizá por la diferencia entre ellas primeramente señalada o por la asimilación de la delegación externa a la interna.

- Precisamente, sin duda es necesario distinguir entre la delegación interna, dentro de la misma Administración o persona jurídico-administrativa, de la externa que puede producirse entre una Administración y otra, entre personas jurídicas distintas y, encima, dotadas de autonomía institucional y orgánico-funcional. El Dictamen yerra al no apercibirse de esta circunstancias, la cual genera una fundamental diferencia en el régimen jurídico en la delegación, incidiendo en cuestiones tales como el medio de producción, eficacia de la cesión, tipo de control o forma de revocación y recuperación. En nuestro caso no puede interna porque los Cabildos no son órganos autonómicos, y no hace falta que lo sean para recibir funciones delegadas, sino que es externa y, por ello, responde a una situación de descentralización y no de desconcentración.

- No acierta el Dictamen en su intento, por demás seguramente innecesario por intrascendente, de establecer distinciones entre las delegaciones de funciones a los Cabildos, pretendiendo encontrarlas en las regulaciones al respecto de la LPAut y de la LRBRL. Pero, siendo evidente que la ordenación estatutaria o constitucional no ordena algo sobre el particular, no lo es menos que una lectura mínimamente atenta de la normativa legal citada y, es más, de las "diferencias" señaladas en el Dictamen lleva rápida y fácilmente a la conclusión de que no existen. En efecto, dicha ordenación trata el asunto de manera similar, aunque una desde la óptica estatal-autonómica y otra desde la local, no eliminando la argumentación del Dictamen esta realidad por lo que resulta superficial y fallida. En realidad, cabría decir que la

regulación a atender principalmente ha de ser la de la LRBRL (artículos 2, 27 y 37), no sólo porque fue aprobada con posterioridad, sino porque contiene la normativa institucional específica en materia de Régimen Local, incluyendo a las Islas y sus Cabildos.

- Se advirtió precedentemente que estimo correcta la distinción que se hace en el Dictamen entre el régimen de competencias propias y el de las transferidas o delegadas. Así, es claro que el legislador autonómico utiliza erróneamente la técnica de la transferencia para un fin que tiene otra vía de virtualización jurídica y que tal técnica no puede conducir al pretendido traspaso de la titularidad de la función transferida; o bien que tal realidad viene contemplada en el Estatuto (artículo 22) o en la LRBRL (artículo 7) y que, máxime al no existir diferencias jurídicas esenciales entre transferencia y delegación externa, la atribución legal sectorial de funciones se justifica por responder la función o facultad atribuida en titularidad a la isla a un primordial interés insular, mientras que la delegación externa o la transferencia tienen la suya en que, pese a responder la función o facultad afectada a un interés fundamentalmente autonómico, la mejor satisfacción del mismo aconseja que aquella se gestione insularmente. Sin embargo, en el discurso del Dictamen sobre estos extremos se incurre, a mi parecer, en algunas imprecisiones técnicas que procede indicar por sus posibles consecuencias.

A) Los títulos competenciales de aplicación en estos casos no son exactamente los dichos en el Dictamen. En este sentido, la atribución legal de la titularidad de funciones a las Islas se articula, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 7.2 y 22.3, EAC y 2 y 7, LRBRL, en ejercicio de las competencias autonómicas previstas en los artículos 32.1 y 29, en sus diferentes apartados que recogen títulos sectoriales diversos. En cambio, la transferencia o delegación de funciones a las Islas o Municipios puede preverse en una Norma general establecida en ejercicio tanto de la competencia del artículo 32.1, EAC como de la de su artículo 32.1, pareciendo el de éste el título competencial preponderante, pero no parece que pueda ser llamado a intervenir en este tema el del artículo 29.1 del Estatuto, salvo en lo que concierne a la presencia de los Cabildos en los procedimientos de producción de normas legislativas o reglamentarias, facultad que por ello seguramente debiera tener una adecuada previsión de su ejercicio en la Ley autonómica 1/1983.

B) Siendo en principio ajustada la crítica del Dictamen a la deficiente regulación del artículo 11.a) y b), Ley autonómica 14/1990, por confusa ocurre que aquel parece olvidar la ordenación, asimismo desacertada, que se contempla en su artículo 12 y se desarrolla en el artículo 45 de la misma. En realidad, el artículo 2, LRBRL sirve tanto para producir atribuciones legales sectoriales de funciones en titularidad como para hacer transferencias o delegaciones y para otorgar otro tipo de funciones o facultades de orden institucional, como ya hace el propio Estatuto por su cuenta. Y en este contexto parece evidente la conexión entre los artículos 11.a) y 12.1 o 45, Ley autonómica 14/1990, por más que en estos se use una técnica errónea según se ha razonado para alcanzar sus pretensiones, mientras que deviene inútil o directamente ajeno a lo establecido en el artículo 22.3, EAC el precepto del artículo 11.b) de dicha Ley.

C) Carece de sentido la eventualidad aludida en el Dictamen, cuando razona la imposibilidad de que la transferencia de funciones suponga el traslado de la titularidad sobre éstas o de la competencia sobre la materia concernida, de argumentar que, siendo los Cabildos instituciones de la CAC, la titularidad en cuestión no sale de ésta. Además de ser erróneo el presupuesto de la argumentación porque la competencia material nunca puede residir en un órgano, sino en un Ente, sucede que en la lógica de la Ley comentada, aunque equivocada, no se plantea nunca la posibilidad señalada, pues se sostiene que aquí los Cabildos no son "instituciones" autonómicas y que la facultad o función transferida pasa a ser de titularidad insular al traspasarse con aquélla. En todo caso, sin apreciarlo el Dictamen, lo cuestionable es que la Ley hable de transferencia de la titularidad primero y luego imponga al ejercicio de la facultad transferida unos controles y condicionantes que no sólo chocan frontalmente con tal afirmación, sino que desconocen en la práctica la autonomía institucional del Ente local interesado (cfr. artículo 50, Ley autonómica 14/1990). Conviene reiterar tanto que transferencia y delegación externa son técnicas básicamente similares, como que afectan a competencias-facultades o funciones, que vienen a ser las dos caras de la misma moneda pese a tener cada una su propia definición y objeto.

3. A continuación paso a exponer mi disconformidad al Dictamen en relación con sus objeciones, que estimo mayormente infundadas o desacertadas como intento razonar seguidamente, en relación con todos los preceptos del Anteproyecto de Ley

analizado, añadiendo en su caso alguna observación crítica que, a mi juicio, merece la regulación proyectada y que, igualmente de modo inapropiado silencia el Dictamen.

A) Artículo 1:

- No es aceptable la cuestionabilidad del Dictamen a la modificación del artículo 45.2, Ley 14/1990, en cuanto que, se dice, no asegura el correcto funcionamiento de la garantía del interés insular que supone la audiencia de los Cabildos en el procedimiento de elaboración de los Anteproyectos de Ley. Y no lo es porque no tenga razón en cuanto a la necesidad de que la audiencia sobre tales Anteproyectos, cuando proceda, deba hacerse en momento adecuado en el sentido de que el texto sea definitivo a nivel gubernativo, justo antes de su aprobación por el Consejo de Gobierno y conversión en Proyecto a dictaminar, en su caso, por este Organismo y remitir seguidamente al Parlamento para su tramitación y aprobación, sino porque en el Anteproyecto dictaminado, ni tampoco en la vigente Ley, existe referencia o alusión alguna de lo contrario.

Es más, la misma mención del Gobierno en este precepto indica que esto es así, careciendo totalmente de importancia para el correcto funcionamiento de la aludida garantía que la audiencia sea recabada por el Departamento redactor de la versión final del Anteproyecto, enviado al Gobierno junto a las opiniones de los Cabildos sobre aquel; o bien, por el Gobierno en su defecto, de oficio o a la luz del pertinente Informe del Servicio Jurídico o, en último extremo, del Consejo Consultivo.

Similar comentario merece la observación del Dictamen sobre el tercer apartado de la nueva redacción del artículo 45.2, cabiendo apuntar que esta crítica, más que objetar un incumplimiento inexistente de norma aplicable a respetar o un no menos ausente malfuncionamiento de la garantía que supone la audiencia, parece indebido un recordatorio o quizá una intervención más adecuada en un órgano asesor o académico.

- Es igualmente rechazable la objeción formulada por el Dictamen respecto a la circunstancia que, según la norma proyectada, desencadena o genera la necesidad de recabar la audiencia de los Cabildos. Desde luego, tal circunstancia está deficientemente redactada desde una perspectiva técnica, desconociéndose aparentemente el correcto significado de las expresiones allí utilizadas (materia,

competencia, función) o la diferencia técnica entre objeto y finalidad de un acto normativo o de una norma, defecto en el que por cierto también incurre el Dictamen en alguna ocasión. Pero ello, aunque quizá pueda tener un efecto negativo para la seguridad jurídica o la eficacia normativa de la ordenación a establecer, no obsta a que se entienda cual es el sentido y finalidad de la misma y, por tanto, no sea pertinente la crítica formulada.

Así, el Dictamen parte de una lectura claramente errónea del precepto, que no tiene la que, según aquél, es su redacción, "comiéndose" algunas y decisivas expresiones recogidas en ella. En efecto, la mayor parte del cuestionamiento se desbarata por el simple hecho de que la condición determinante no es que la norma proyectada regule materia que ha sido objeto de transferencia o delegación, sino materia que afecte a competencias que hayan sido objeto de aquéllas.

Pero es que, en definitiva, la prolija argumentación contenida en esta parte del Dictamen no permite conocer cual es el defecto de la norma proyectada que la haga contraria a Derecho, concretamente a una norma, principio o regla de la Constitución, el Estatuto o norma legal de debido respeto; o bien, cual es el problema jurídicamente inaceptable que plantea por su desafortunada redacción en la versión, equivocada, que el Dictamen tiene de ella para la CAC o para los Cabildos. Hasta el punto que nada se dice al respecto en las Conclusiones de aquél.

- Por ser mas valoración de conveniencia o de crítica académica que otra cosa, no hace falta comentario alguno sobre la observación que se recoge en el Fundamento IV, Punto 3, del Dictamen. En cuanto a la que se hace sobre el uso en la norma proyectada del término "afectar", carece no sólo de fundamento, sino también de justificación, particularmente en su remate. En este sentido, hace tiempo que el Tribunal Constitucional, al hilo de expresar su interpretación del significado de la prohibición incluida en el artículo 86.1, CE, dejó claro que afectar supone, jurídicamente y más en concreto en relación con el ámbito de actuación de un acto normativo o una norma, establecer o innovar la regulación sobre la materia en la que tiene prohibido incidir, de manera que, sin duda, afectar no es lo mismo que limitar, al contrario de lo que insinúa el Dictamen después de reconocer otra cosa al principio de su exposición en este punto, y, desde luego, es claro que el legislador pretende un efecto normativo distinto con el cambio de término.

Por demás, aparte de que no se vislumbra la diferencia entre "efectos" y "consecuencias" de la eventual omisión de la audiencia de los Cabildos, es obvio que no es preciso que el Anteproyecto los fije expresamente, pues se trata de un trámite preceptivo, por lo que su incumplimiento necesariamente acarrea las consecuencias propias de su naturaleza. Problema que puede solucionar el propio Gobierno o el Parlamento, alertados por sus Servicios Jurídicos o por este Organismo, o, en su caso, por la jurisdicción competente. De todos modos, es incuestionable que tal problema puede surgir no importa lo que ordenase el Anteproyecto al efecto porque se trata de una cuestión que, forzosamente, requiere una apreciación o valoración previa del órgano actuante.

- En fin, cabría advertir, sin que esto lo haga precisamente el Dictamen, que no está muy bien ubicada sistemáticamente la norma sobre la audiencia que se comenta en el artículo 45.2 de la Ley autonómica 9/1990, habida cuenta que recoge un mandato referente a las competencias o funciones delegadas junto a las transferidas, cuando la Ley dedica a las primeras la regulación de la Sección 2ª del Capítulo IV del Título IV y a las segundas la de la Sección 1ª del mismo Capítulo y Título. Pero es fácil de entender que esta anomalía técnica no supone defecto o vicio sustantivo alguno y puede resolverse por el simple expediente de colocar una disposición común a ambas secciones al principio o al final del Capítulo mencionado.

B) Artículo 2:

- Las objeciones a la regulación proyectada, que pretende la modificación del artículo 52.1, Ley autonómica 14/1990, no tienen fundamento consistente, apoyándose fundamentalmente en consideraciones técnicas que estimo incorrectas o en valoraciones que no se apoyan en reglas del Ordenamiento Jurídico, sino en meras opiniones doctrinales. Así, para empezar es discutible que pueda sostenerse que el procedimiento elegido para la elaboración del Proyecto de Decreto de delegación no tiene sentido que sea similar al previsto en la misma Ley para articular las transferencias ordenadas por ésta.

No sólo porque es inconsistente por artificioso el argumento de que la transferencia afecta a competencias y la delegación a funciones, máxime cuando la LRBRL o la Ley en cuestión no hacen semejante distinción y, en la práctica, la diferencia conceptual tiene poca relevancia e incluso el Dictamen afirma que el objeto de ambas técnicas ha de ser funciones en puridad, sino porque, tratándose de

definir el contenido definitivo del Proyecto de Decreto y sin necesidad de que toda la tramitación sea idéntica al supuesto de la transferencia, es aconsejable y eficaz que el procedimiento de aplicación sea similar cuando, no siendo legalmente obligatoria la delegación, es necesario el consenso de los Cabildos para que tenga efectividad (cfr. artículo 27.2, LRBRL).

- En todo caso, es patente la existencia de una Comisión en orden a llegar a un acuerdo sobre el contenido del Proyecto de Decreto de delegación, como tampoco el vigente mandato legal de que ese Proyecto ha de ser acordado entre el Gobierno y los Cabildos, no resulta antiestatutaria por suponer, de facto según el Dictamen, la cotitularidad de la potestad reglamentaria que el Estatuto atribuye en exclusiva al Gobierno de la CAC. Además, no se entiende la razón por la que el Dictamen no otorgue el mismo defecto al establecimiento del Decreto de transferencia, que también demanda legalmente acuerdo previo por mayoría absoluta.

Así, el legislador autonómico puede, en ejercicio de su competencia plena (artículo 29.1, EAC) y con sólo los límites que se deriven de la Constitución o del Estatuto, ordenar los procedimientos de orden jurídico-político de producción normativa, mediante Ley formal o por Reglamento parlamentario según el caso y los trámites a establecer, incluyendo por ejemplo una audiencia, o varias, de carácter diverso, como la institucional a los Cabildos sin que éstos dejen de ser lo que constitucional y legalmente son, máxime no siendo técnico-jurídica ni vinculante u obstativa tal audiencia. Y, del mismo modo, la Ley puede prever, particularmente cuando resulta conveniente para la culminación de la actuación pretendida y aún más para su eficacia, en supuestos tales como los de transferencia o delegación un trámite que, sin discutir y obstar la capacidad política o normativa del Gobierno al que previamente autoriza a delegar, lo permita; es decir, en concreto puede crear una comisión paritaria entre los afectados o interesados a ese fin.

En este asunto de delegación de funciones no puede perderse de vista la existencia de simple autorización legal previa, el hecho de que no estemos en presencia de la regulación reglamentaria de una determinada materia o cuestión, y la realidad de que el acuerdo de la Comisión, que se toma aquí asimismo por mayoría absoluta, permite que la delegación pueda prosperar y, al tiempo, su ineficacia para el Cabildo que no la acepta, sin que se niegue o se obste la iniciativa del Gobierno y

su capacidad de decisión a lo largo del procedimiento y, sobre todo, en su culminación, en relación tanto con el Decreto como con sus Anexos. Razones por las que, siendo ya discutible que se pueda hablar aquí de limitación legal al ejercicio por el Gobierno de su potestad reglamentaria, en esta ocasión meramente instrumental además, lo cierto es que esta circunstancia puede ser ajustada perfectamente a Derecho y, en cualquier caso, para nada significa que comporte renuncia al ejercicio de la mencionada potestad o, aún menos, su cotitularidad.

No obstante, ha de señalarse que la ordenación proyectada, y en realidad la vigente, tiene un defecto de orden técnico que no genera problema sustancial o formal de relevante o determinante inadecuación constitucional o estatutaria, y que es subsanable sin mayor esfuerzo ni efecto sobre la norma interesada o sobre otras conexas. Y es que las disposiciones transitorias aquí llamadas no son, ni pueden ser, Derecho transitorio, habida cuenta que no resuelven una situación temporal o facilitan el paso de una ordenación a otra que se va a establecer; o bien, que la regulación sustantiva del Cuerpo legislativo no puede depender para su aplicación, permanente o indefinida, de normas efectivamente transitorias y, por ello, de vigencia limitada en el tiempo.

C) Artículo 3:

- En relación con la previsión legal de que se traspasen unidades administrativas a los Cabildos con motivo de la delegación, ante todo ha de señalarse que tal previsión es estatutariamente obligada (cfr. artículo 22.3, EAC), de modo que la delegación no sólo la exige, sino que en términos estatutarios la llevara incorporada. Y ello, sin confundir la unidad administrativa, concepto referente a medios personales explicitados en puestos de trabajo y en conexión con la función traspasada, con funcionarios o trabajadores concretos, que se verán afectados en cuanto ocupantes eventuales de esos puestos y que mantendrán entonces la situación que el Ordenamiento prevea al efecto, o con órganos administrativos propiamente dichos, que tienen un elemento personal pero que no se reducen al mismo y que, además, en este caso serán órganos del Cabildo receptor. Por eso, contra lo dicho en el Dictamen y sin perjuicio de lo que luego se diga sobre la mencionada situación funcional del personal, es jurídicamente adecuada la previsión proyectada en este extremo.

Y, lógicamente, en estas condiciones nada tiene de extraño que el Cabildo disponga, siendo suyo el órgano que va a ejercer la función delegada, de las facultades propias de toda organización administrativa en materia de personal sobre las unidades administrativas que se le traspasan y pasan a ser elemento personal del antedicho órgano. A lo que no obsta que ese personal tenga derechos frente a la CAC que ésta debe respetar o que la Comunidad Autónoma, no perdiéndose la vinculación funcional con aquél, siga siendo la competente para su reclutamiento o ingreso en sus correspondientes Cuerpos, pérdida de su estatuto funcional o, más discutiblemente, provisión de puestos.

- Por otro lado, aunque la relación de medios del artículo 54, Ley autonómica 14/1990 es de carácter instrumental para permitir la acción de dirección y control que, lógica y procedentemente, mantiene el órgano delegante sobre el delegado, lo cierto es que, contra lo mantenido en el Dictamen y pese a que, obviamente, pueda modificarse la correspondiente regulación, tal relación es exhaustiva y cerrada, no sólo porque el tenor literal del precepto es claro, sino porque lo exige la naturaleza de la delegación, externa, y la del Ente delegado, dotado de personalidad propia y autonomía institucional. Y, desde luego, la norma proyectada en absoluto contradice, en nada o para nada, la ordenación legal de estos medios controladores.

- La única crítica que puede hacerse al precepto que se comenta, produciéndose el traspaso de las facultades en cuestión sobre las unidades o medios personales traspasados e integrados en órganos del Cabildo junto con la delegación funcional que es su presupuesto y exigencia, como es obvio, es que tanto en este caso como en otros, cuales son la audiencia a los Cabildos, el acuerdo de éstos o los medios de dirección y control antes apuntados, se produce una contradicción insuperable entre esta situación, que es propia de un órgano ajeno a la organización de la CAC y perteneciente a un Ente distinto a ésta, y la afirmación no ya que ese órgano es institución autonómica, sino que, por serlo, se le delegan esas facultades o funciones. Esto es, la delegación es externa y únicamente siéndolo cabe disponer la ordenación aquí analizada, cuya existencia no convierte, si es que ello fuera constitucionalmente posible, a los Cabildos en órganos autonómicos.

- Sin embargo, en lo que concierne a la reforma que se pretende hacer sobre el personal afectado he de manifestar que el Dictamen hace una objeción al mismo

que, en principio y sustancialmente, comparto en lo referente al personal funcionario. Así, no es ajustado a Derecho, particularmente a la legislación funcional entre la que obviamente está la Ley autonómica 2/1987, de la Función Pública canaria, que la norma proyectada sostenga que los funcionarios incluidos en el personal afectado por ocupar puestos de trabajo en las unidades traspasadas siguen en activo en la CAC, o que siguen ocupando puestos de trabajo de Departamentos de su Administración.

En efecto, ese funcionariado no está en activo, por cierto que en sus Cuerpos correspondientes, en relación con la CAC, sino en situación de servicios en otra Administración pública, aunque ello no ocurra, como se dice en el Dictamen y ya se cuestionó en este Voto Particular, por establecer el Anteproyecto un supuesto traspaso de órganos con la delegación, ni por disponer un régimen funcional dual, sino por asignar a los funcionarios una situación que no les corresponde y no asignarles la que les pertenece, siempre según la Ley aplicable.

Por demás, considero incorrecta la restante crítica que se recoge en el Dictamen sobre el precepto proyectado en este particular. No sólo porque, adecuadamente, se reservan pertinentes facultades funcionariales en la Administración autonómica y porque, como se razonó con anterioridad, es procedente y ajustado que se traspasen otras inmediatamente relacionadas con el ejercicio de la función delegada que, además realiza un órgano del Cabildo, sino porque el Anteproyecto no ordena que todo el régimen estatutario del funcionariado afectado pase al Cabildo y porque lo traspasado se hace por delegación del ejercicio y con fuertes controles sobre éste.

En esta línea, tampoco se comparte la objeción del Dictamen sobre el personal laboral, pues ciertamente el Anteproyecto no contradice, ni su regulación permite entender que pueda hacerse, la normativa de aplicación al supuesto que contempla, en concreto la Ley autonómica 2/1987 y, por ende, no impide que la relación de los trabajadores de que se trata siga siendo ordenada por el Derecho laboral (cfr. artículo 2.1 de aquélla). Es decir, la regulación proyectada no vulnera la normativa recogida en los artículos 67 y 68 de la citada Ley autonómica, pero tampoco lo hace con la establecida en el Estatuto de los Trabajadores o el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la CAC, permitiendo entender que, permaneciendo sin duda viva la relación laboral de la Administración autonómica con los trabajadores afectados, las incidencias al respecto que puedan aparecer por el traspaso a los Cabildos de las

unidades en las que se incluyen los puestos que ocupan no van a suponer la extinción de esa relación y que su articulación se va a producir según las normas laborales.

D) Artículo 4:

Es pertinente señalar que podría ser inadecuada la previsión del artículo 54.b) de la Ley autonómica 14/1990 vigente, mantenida en el Anteproyecto, como ya se ha dicho precedentemente. Y ello porque, siendo externa la delegación en cuestión y, por tanto, hecha a un Ente dotado de personalidad jurídica y con autonomía, es muy posible que, pese a que cabe un fuerte control apriorístico y permanente del ejercicio de la delegación, incluso de oportunidad y hasta conllevando informes previos de orden obstativo o vinculante y eventual posibilidad puntual de avocación en casos fijados en el Decreto correspondiente, sin embargo, no puede haber control a posteriori, en especial mediante la posibilidad de que los actos del Cabildo sean recurribles ante la Administración autonómica, que, por ello puede decidir finalmente en el asunto por razones supuestamente jurídicas, estimando contrario a Derecho el acto recurrido del Cabildo.

Lo que se argumenta sin desconocerse la regulación del art. 27.2, in fine, LRBRL, pues, además de tener éste un tenor potestativo y no exacta o indefectiblemente imperativo, puede ser, a su vez, inconstitucional por igual causa que la expuesta. No puede dejarse de comentar aquí que la existencia del eventual recurso ante el delegante de los actos del delegado es más propio de una delegación interna o tradicional, que se corresponde con una situación más de desconcentración que de descentralización administrativa, que de una delegación externa o interpersonal correspondiente, como la transferencia, a la descentralización.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ DEL TORCO ALONSO AL DICTAMEN 40/1996, ACERCA DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN PARCIAL DE LA LEY 14/1990, DE 26 DE JULIO, DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CANARIAS. CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 70/1996 APL.

En la conclusión I del Dictamen se determina que “el anteproyecto de Ley sometido a la consideración de este Consejo parte de una errónea concepción de la

imbricación que, conforme al parámetro constitucional-estatutario, no tienen carácter orgánico institucional (...) simplemente funcional (...)"

Y, los motivos esenciales de nuestra discrepancia tiene lugar en base a las siguientes consideraciones:

1. No resulta un parecer voluntarista, sino inherente a la interpretación globalizadora, que como operador jurídico, conferimos a los parámetros normativos de obligado cumplimiento sobre la materia, análogos y semejantes a los utilizados por el texto de la Ponencia.

El constituyente del 78, encuadró la regulación de la organización territorial del Estado, en el título VIII, y es indudable que en su contenido existen aspectos ambiguos, ya que de no haberla sido, no se hubiera podido aprobar la Constitución. Circunstancia igualmente reflejada en la consideración y naturaleza que el Estatuto de Autonomía de Canarias confiere a los Cabildos; y así en el artículo 7, en su punto primero se confiere la legitimación para el ejercicio de los poderes de la Comunidad Autónoma al Parlamento, al Gobierno y a su Presidente.

Del tratamiento normativo expuesto, se deduce que los Cabildos detentan una naturaleza bifronte, criterio aceptado y compartido por la doctrina científica dominante mayoritariamente, entre otros, Rodríguez Arana, De la Concha Berguillos, Sarmiento Acosta, y compartida por el hoy suscribiente, en el voto particular formulado el Dictamen 49/93.

Admitir la doble condición, no implica minusvalorar a esta Institución, ni recortar, ni limitar su condición de órgano de gobierno de la isla, sino, confirmar un dato indiscutible; la naturaleza dual que ostentan tal Institución. Al igual, que tampoco supone una patente de libertad de actuación por parte de los Cabildos en todo el ámbito de la Comunidad, sino, que su hacer operará en relación directa con el interés en juego, en cada momento, es decir, habrá que ponderar ad hoc el interés a tutelar, operando sólo los Cabildos cuando aquél no desborde al ámbito insular; en similar sentido, se ha pronunciado en la doctrina científica Sarmiento y Rodríguez Arana.

Pero, existe un tercer factor, que no queremos omitir, y es que el conjunto normativo expuesto, ni fue objeto de impugnación en el momento de su

promulgación y entrada en vigor, por ninguna Institución habilitada al efecto, no hoy se cuestiona su presencia y vigencia en el ordenamiento jurídico.

De lo expuesto, se infiere que la posición postulada, es acorde a los criterios rectores que han de primar en toda interpretación jurídica, al ser, conforme con la literalidad del texto, y este acorde con el contexto normativo en el que la institución y la realidad social a la que ha de tener la aplicación de la norma.

Pese, a la rotundidad inicial del texto, el propio legislador difumina su tenor, tras la incorporación del apartado segundo, al decir “Las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildo, que seguirán regulándose por su legislación específica”.

Del mentado apartado, se deduce que el Estatuyente no agotó el diseño de la organización administrativa de la Comunidad, sino que optó por la técnica de la ley en blanco, confiriendo su complementación e integración, en el caso presente, aquellas normas en que concurra la doble condición de sectoriales y de ámbito autonómico.

Carácter ostentado en el momento actual sólo por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, ley 14/1990 de 26 de julio.

Y, en su Preámbulo se señala como meta la configuración definitiva de la organización de las Administraciones Públicas Canarias. Intencionalidad que trasciende del plano puramente formal, en cuanto, incorpora el apartado segundo “la norma básica de la Comunidad integró a los Cabildos Insulares en el entramado institucional de la Comunidad Autónoma, haciéndoles copartícipes de las funciones autonómicas, sin que ello supusiera mengua alguna de las competencias propias (...)”. Este segundo plus resulta confirmatorio de la manifestación inicialmente expuesta.

Por tanto, el legislador territorial ha fijado unos criterios de delimitación sobre el alcance y consideración que hemos de asignar a los Cabildos, ante la Ley 14/1990, y que él concreta en el apartado 2 del artículo 5, la decir expresamente: “Los Cabildos Insulares son, simultáneamente, órganos de Gobierno y administración de

cada isla e Instituciones de la Comunidad Autónoma, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 y 22 del Estatuto de Autonomía”.

Una vez precisada la condición de los Cabildos como Instituciones de la Comunidad Autónoma, el conjunto del articulado objeto de la reforma, no presenta objeciones de fondo sustancial como así hicimos constar en el momento del voto a la ponencia, al ser consecuencia directa de la concepción sustentada.